

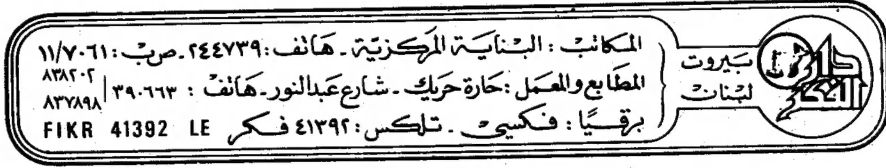
الْبَنَاءِيَّةُ فِي شَرْحِ الْمَدَائِيَّةِ لِلْأَبِي مُحَمَّدٍ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْعَيْنِي

المولوي مُحَمَّدُ عَمْرُ الشَّهِيرِ بَنَاصِرَ الْأَسْلَامِ الرَّامُفُورِي

تنبيه: متن المداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البنائة للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصلاً بينها بخط.

الجزء التاسع -

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر بيروت

وجميع الحقوق محفوظة لها

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المساهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة أضرب ، صلح مع إقرار ، و صلح مع سكوت
وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، و صلح منع إنكار وكل
ذلك جائز

(كتاب الصلح)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصلح بأنواعه . وجه المناسبة بين الكتابين من حيث
أن في الإقرار ترك المخاصمة وهو صلح بعينه . قال الجوهري الصلاح ضد الفساد ، يقول صلح
الشيء يصلح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولاً . قال الفراء رحمه الله وحكى أصحابنا
صلح أيضاً بالضم ، والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة ، واسم الصلح يذكر ويؤنث
وقد اصطلاحاً وتصالحاً وهما أصلحاً أيضاً مشددة الصاد . ويقال الصلح اسم للمصالحة ،
بخلاف المخاصمة .

وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة ، وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه .
وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز الاعتياض عنه ، وله تفصيل سيأتي إن شاء الله عز
وجل . وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما إذا وقعت الدعوى في
الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قد فعلت ولا
يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه ، لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط ، وحكمه
تملك المدعي المصالح عليه منكرأ كان الخصم أو مقراً . وأنواعه المذكور في الكتاب .
وجوازه بقوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء ، والحديث المذكور في الكتاب .

(قال) أي القدوري رحمه الله (الصلح على ثلاثة أضرب ، صلح مع إقرار ، و صلح
مع سكوت ، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، و صلح مع انكار وكل ذلك جائز)

لإطلاق قوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء . ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً . وقال الشافعي « رح » لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا ، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر . ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة .

وبه قال مالك وأحمد « رح » . وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا مع الإقرار . وفي التحفة الصلح مع الإنكار لا يجوز عند ابن أبي ليلى ، وهو قول الشافعي « رح » ويجوز الصلح أيضاً عن سكوت المدعى عليه عند ابن أبي ليلى كذهبنا . وقال الشافعي لا يجوز (لإطلاق قوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء) .

فإن قيل النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني غير الأول ، فإن الآية سبقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية ﴿ وإن امرأة خافت ﴾ ... الآية . قلت قال في الإسرار في قوله والصلح خير كلام مستقل بذاته ، فلا يربط بسببه .

(ولقوله ﷺ) أي ولقول النبي ﷺ (كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) الحديث رواه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال الصلح جائز إلى آخره سواء ، وزاد الترمذي والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وقال حديث حسن صحيح .

(وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا) وهو الحديث المذكور ، وهو يستدل بآخر الحديث (وهذا) أي الصلح على الإنكار (بهذه الصفة ، لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخر فينقلب الأمر) أي يصير حراماً على الدافع حلالاً على الآخذ (ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة) وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي .

ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً بعينه كالخمر أو
حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد
دعوى صحيحة فيقتضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في
زعمه ، وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن
نفسه ، وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس ، ودفع الرشوة
لدفع الظلم أمر جائز .

(ولنا ما تلونا من الآية) من غير فصل (وأول ما روينا) وهو قوله عنه كل صلح
جائز بين المسلمين فإنه باطلاقة يتناول الصلح مع الإنكار والسكوت (وتأويل آخره)
أي آخر الحديث ، وهو قوله إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً (أحل حراماً بعينه
كالخمر ، أو حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة) أي كالصلح مع امرأته أن
لا يبطأ ضررتها أو أمته ، وهذا النوع من الصلح باطل عندنا (ولأن هذا) دليل آخر ، أي
ولأن هذا الصلح مع الإنكار (صلح بعد دعوى صحيحة) ولهذا يستحلف المدعى عليه
(فيقتضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع) لا حرج
علينا (والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال
وقاية الأنفس) والناس يحتاجون إلى هذا الصلح لقطع المنازعات ودفع الخصومة ، ولهذا
قال الشيخ أبو منصور الماتريدي لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس
مثل من عمل في إبطال الصلح على الإنكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس ،
كذا في المحيط .

(ودفع الرشوة) هذا جواب عن قوله وهذا رشوة ، تقريره أن دفع الرشوة إلى ظالم
(لدفع الظلم أمر جائز) لأن المال خلق لصيانة الأنفس . وقال محمد فهذا لا بأس به ،
وليس هذا سحت إلا على من أكله ، فأما من أعطاه لمنفعة في دار الإسلام أيضاً ، أي رشى
إنساناً يخاف ظلمه وجبسه فلا بأس بذلك ، ويكره للمرتشى . ونقل أبو الليث عن

قال وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات
إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع ، وهو مبادلة
المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما ، فيجري فيه الشفعة
إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده
جهالة البذل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه
لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البذل . وإن وقع عن
مال بمنافع يعتبر بالإجازات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع
بمال والإعتبار في العقود لمعانيها

أبي يوسف « رح » جواز المصالحة للأوصياء في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب ،
وبه يفتى .

(قال) أى القدوري (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن
وقع) أى الصلح (عن مال) أى عن دعوى مال (بمال الوجود معنى البيع ، وهو
مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما) فإذا تحقق فيه معنى البيع (فيجري فيه
الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه) إذا كان الصلح خيار الرؤية ويشترط ، أى
ويثبت فيه أيضاً (خيار الشرط والرؤية ويفسده) أى ويفسد الصلح (بجهالة البذل ، لأنها
هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط) أى لأن المصالح عنه يسقط
كما يقول السفراء بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحتة على هذا المقدار ، وبه
قال مالك وأحمد . وقال الشافعي يفسد جهالة المصالح عنه أيضاً كما في البيع .

(ويشترط القدرة على تسليم البذل) حق لو صالح على عبد آبق لم يصح (وإن وقع)
أى الصلح (عن مال بمنافع يعتبر بالإجازات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال
والاعتبار في العقود لمعانيها) وهذا كان البيع بالتعاطي صحيحاً ، وكانت الهبة بشرط
العوض ، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الأصيل

فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه
إجارة . قال والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه
لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة
لما بينا . ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة
في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الإنكار ظاهر وكذا في السكوت
لانه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك ،

حوالة ، فاذا اعتبر بالإجارة (فيشترط التوقيت فيها) حتى لو وقع الصلح على سكنى
بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز ، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز .
(ويبطل الصلح برب أحداهما) أي أحد المتعاقدين في الصلح (في المدة) كالإجارة
(لأنه) أي لأن الصلح عن مال بمنافع (إجارة) لصدق معناه عليه فيرجع المدعي في
دعواه بقدر المستوفي من المنفعة .

(قال) أي القدوري (والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لاقتداء
اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا) أشار به إلى ما ذكر
قريباً بقوله لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ... إلى آخره ، وذلك لأن المدعي
يزعم انه يحق في دعواه ، والذي أخذه عوض حقه ، والمدعى عليه يزعم أن المدعي
يبطل في دعواه ، والذي يعطيه لدفع الخصومة والشعب والذهب عن نفسه وليس بممتنع
اختلاف الحكم في حق المتعاقدين ، أشار إليه بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في
حقهما) أي حكم عقد الصلح في حق المدعي والمدعى عليه (كما يختلف حكم الإقالة في حق
المتعاقدين) فإنها فسخ في حقها بيع جديد في حق ثالث (وغيرهما) أي وغير المتعاقدين
فإنها بيع في حق غيرهما (وهذا) أي كونه الاقتداء باليمين وقطع الخصومة (في الإنكار
ظاهر ، وكذا في السكوت ، لأنه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في
حقه) أي في حق المدعى عليه (بالشك) لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضاً مع أن
حمل السكوت على الإنكار أولى ، لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل .

قال وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة ، قال معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي ، وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال ، فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعي عليه يكذبه قال وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك من العوض لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الإستحقاق في البيع ، هذا وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردد العوض ،

(قال) أي القدوري (وإذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة . قال) المصنف (معناه) أي معنى كلام القدوري (إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه) أي لأن المدعي عليه (يأخذها) أي الدار (على أصل حقه) أي يستقي الدار على ملكه لأنه يشتريها (ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي) على زعمه ، والمدعي يؤاخذ به بما في زعمه (وزعم المدعي لا يلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة ، لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال ، فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره ، وإن كان المدعي عليه يكذبه) فصار كأنه قال اشتريتها من المدعي عليه وهو ينكر فتجب فيها الشفعة .

(قال) أي القدوري (وإذا كان الصلح عن إقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك من العوض) أي بدل الصلح (لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا) أي الرجوع بالحصة من العوض (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة) أي إلى المستحق ، لأنه قام مقام المدعي عليه (ورد العوض) أي بدل الصلح (لأن المدعي عليه ما بذل العوض إلا ليدفع

لان المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له ويبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه ، فيسترده وإن استحق بعض ذلك رد رخصته ورجع بالخصومة فيه ، لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض . ولو استحق المصالح عليه من إقرار رجوع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة وإن استحق بعضه رجوع بحصته وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا

(الخصومة) أي خصومة المدعي (عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده) كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل تعرض دفعه إلى رب الدين ثم أرمى بنفسه قبل إذا الكفيل ^(١) فإنه يسترده لعدم اشتأله إلى عوضه .

(وإن استحق بعض ذلك) أي المصالح عند (رد رخصته) أي من بدل الصلح (ورجع بالخصومة فيه) أي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتباراً للبعض بالكل (لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض) أي عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه) وكان الصلح (عن إقرار) الواو فيه للحال (رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة) لأنه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع عيبد له كما في البيع (وإن استحق بعضه رجوع بحصته) أي بحصة الاستحقاق ، لأن المبدل هو الدعوى ، أي لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وقد فانت الدعوى فيعود إلى البدل .

(وإن كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا) أي المذكور من الحكم إذا لم يجر

(١) هكذا سياق اللجنة في الأصل .

بمخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع
بالمدعي ، لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا
كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة . ولو هلك بدل الصلح
قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين . قال
وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق
بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون
فيما بقي ، بمخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك
عن شيء يقابله فرجع بأكمله على ما قدمناه في البيوع . ولو ادعى داراً

لفظ البيع في الصلح ، أما إذا أجرى يكون الحكم فيه ما أشار إليه بقوله (بمخلاف ما إذا
باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي) صالح ذو اليد المنكر مع المدعي عليه
عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذا الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعي
عليه بالدار لا بالدعوى (لأن الإقدام) أي إقدام المدعي عليه (على البيع إقرار منه بالحق
له) أي للمدعي إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه ، فكان حكمه حكم المبيع (ولا كذلك
الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة) .

(ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدعي (فالجواب فيه) أي في الهلاك
(كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي في فصل الإقرار والإنكار ، فإن كان عن إقرار
رجع بعد الهلاك إلى المدعي ، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى .

(قال) أي القدوري (وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق
بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي) أي في الذي بقي
بعد الاستحقاق (بمخلاف ما إذا استحق كله) يعني جميع الدار (لأنه يعرى العوض عند
ذلك عن شيء يقابله فيرجع بأكمله على ما بيناه في البيوع) أي في آخر باب الاستحقاق
(ولو ادعى داراً وصالح على قطعة منها) أي من الدار (لم يصح الصلح) وبه قال مالك

فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح ، لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

فصل

والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر والمنافع

وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه (لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي) أي في باق الدار ، وقال المصنف « رح » (والوجه فيه) أي في وجه الصحة ، أي الحليلة في صحة الصلح (أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به) هو الوجه الثاني ، أي وأن يلحق به أي بهذا الصلح (ذكر البراءة عن دعوى الباقي) بأن يقول المدعي أبرأتك أو برئت من دعوى هذا الدار فيصح الإبراء لأن الإبراء عن دعوى العين جائز ، فلو قال أبرأتك من هذه الدار ومن خصوصته في هذا الدار فهذا الإبراء لا يصح ، وله أن يخاصم بعد ذلك ، لأن هذا إبراء عن ضمانها لا عن دعواها ، وعن هذا قالوا لو أن عبداً في يد رجل لو قال قاله آخر برئت منه كان مبرءاً منه ولو قال أبرأتك منه وإن له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يجوز وما لا يجوز .

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدوري (لأنه في معنى البيع) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه (على ما مر) في البيع (والمنافع) بالجر أي والصلح أيضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحدته الوارث أو أقر به وصالحه على شيء جاز ، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة ، فكذا

لأنها تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتياطاً لتصحيح تصرف العاقد^(١) ما أمكن . قال ويصح عن جناية العمد والخطأ ، أما الأول فلقوله تعالى ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... الآية ١٧٨ البقرة .

بالصلح (لأنها) أي لأن المنافع (تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح) أي فكذا تملك بالصلح (والأصل) أي في هذا الفصل (أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به) أي وأشبه العقود بالصلح (احتياطاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن) أي بقدر الإمكان ، فإن كان عن مال بمال اعتبر بالشبهات ، وإن كان على منافع اعتبر بالإجازات .

(قال) أي القدوري (ويصح عن جناية العمد والخطأ) وكذا عن كل حق يجوز أخذ الموضع عنه بلا خلاف (أما الاول) أي الصلح عن جناية العمد (فلقوله تعالى ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... الآية ١٧٨ البقرة) عن ابن عباس رضى الله عنهما ، هذه الآية نزلت في الصلح عن دم العمد ، وفي التفسير للآية معنيان أحدهما ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك « فمن عفى له » أي أعطى له من دم أخيه بسهولة بطريق الصلح فاتباع ، أي فلولوا القتل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف ، أي على محاقا^(٢) وحسن معاملة وإذا ارى على المصالح اذ ذاك الى ولي القتل بإحسان في الاداء فهذا ظاهر الدلالة على جواز الصلح عن جناية الظل العمد المعنى الثاني ، وهو يروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان الآية في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض ، وتقديره فمن عفى له وهو القتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص ما كان للقتل أولياء يعفى بعضهم ، فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الآية على تخصيصهم من الميراث فاتباع بالمعروف فيتبع الدين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي

(١) العاقل - هامش .

(٢) هكذا الجملة في الأصل .

قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح ، وهو بمنزلة
النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا هاهنا ، إذ كل واحد
منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هاهنا يصار
إلى الدية ، لأنها موجب الدم . ولو صلح على خمر لا يجب شيء ،
لأنه لا يجب بمطلق العفو . وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين

بقدر حقوقهم من غير زيادة وإداء اليه باحسان وليؤد القاتل الى غير العافي حقه ، وأيضاً
غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً .

فلهذا قال المصنف (قال ابن عباس رضي الله عنهما أنها نزلت في الصلح) أي أن
هذه الآية نزلت في الصلح أي عن دم العمد (وهو بمنزلة النكاح) أي الصلح عن جنابة
العمد بمنزلة النكاح . وفي المبسوط ما يصلح مهرأ يصلح بدلاً في الصلح لأنه مال يستحق
عوضاً عما ليس بمال في العقد ، وهو معنى قوله (حتى ان ما صلح مسمى فيه) أي في
النكاح (صلح هاهنا) أي في الجنابة عن العمد (إذ كل واحد منهما) أي من النكاح
والصلح عن دم العمد (مبادلة المال بغير المال) وهو ظاهر (إلا أن عند فساد التسمية هاهنا)
هذا استثناء عن قوله إلا ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا ، أي لكن عند فساد التسمية
في الصلح عن الجنابة عن العمد على ثواب ادائه غير معينين (يصار الى الدية) أي في
مال القاتل ، لأنه وجب بعقده ، فكان عليه خاصة (لأنها) أي لأن المصير الى الدية
(موجب الدم) .

(ولو صلح على خمر لا يجب شيء) لأنه لما لم يسم مالا متقوماً صار ذكره والسكوت
عنه شيئاً . ولو سكت بعد العفو مطلقاً وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر (لأنه)
أي لأن المال (لا يجب بمطلق العفو) فلا يكون من ضرورة الصلح عن العود وجوب
المال ، فإنه لو عفا ولم يسم مالا صح ، فصار ذكر الخمر وعدمه سواء ، فيبقى مطلق
العفو ، وفي مطلق العفو لا يجب شيء ، فكذا في ذكر الخمر (وفي النكاح يجب مهر المثل
في الفصلين) أي في فصل فساد التسمية للجهالة ، وفي فصل ذكر ما لا يصلح مهرأ كالخمر ،

لأنه الموجب الأصلي ، ويجب مع السكوت عنه حكماً ، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونها . وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح ، لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك ، أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ، وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالأعراض والسكوت

لأن النكاح لم يشرع بلا مال (لأنه) أي لأن مهر المثل (الموجب الأصلي) في النكاح . (ويجب) أي مهر المثل (مع السكوت عنه) أي عن ذكر المهر (حكماً) أي شرعاً لقوله تعالى ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ (ويدخل في إطلاق جواب الكتاب) أي القدوري ، وهو قوله ويصح عن جنابة العمد والخطأ (الجنابة في النفس وما دونها) لأن الجنابة أعم من أن تكون واقعة على النفس أو ما دونها . وقال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من دية ، وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة ، لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال ، فجاء كيفما كان . وفي الثانية الواجب مال مقدر شرعاً ، بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه .

(وهذا) أي الصلح عن جنابة العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال) وهو أن يصلح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري (حيث لا يصح) هذا الصلح فتبطل الشفعة ولا يجب المال ، وبه قالت الثلاثة (لأنه) أي لأن حق الشفعة (حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك) وأخذ البذل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام .

(أما القصاص فملك المحل في حق الفعل) أي في حق فعل القصاص (فيصح الاعتياض عنه) لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحاً (وإذا لم يصح الصلح) أي عن حق الشفعة (تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالأعراض والسكوت) ويقول حق الشفعة على مال احترازاً عن الصلح على أخذ يعطيه بعينه من الدار بثمن معلوم ، فإن

والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه .
وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلأن موجبها المال ، فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ،

الصلح مع الشفيع فيه جائز ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصلح فإن حصته مجهولة ، لكن لا تبطل شفعته ، لأنه لم يحدد من الإعراض عن الأخذ بالشفعة .
وفي المبسوط صلح الشفيع على ثلاثة أوجه ، في وجه يصح ، وهو أن يصلح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن . وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته ، وأن يصلح على أخذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح ، لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعته ، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الشفعة . وفي وجه لا يصح وتبطل شفعته ، وهو أن يصلح على مال ، وهما هنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة ولا يجب المال ، وقد ذكرناه .

(والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حتى لا يجب المال بالصلح عنه) أي في عدم جواز الكفالة . صورته صلح المكفول الكفيل على شيء من المال على أن يخرج عنه الكفالة لا يصلح الصلح ولا نعم فيه خلافاً (غير أن في بطلان الكفالة روايتين) ففي رواية أبي حفص تبطل الكفالة ، وبه يفتى . وفي رواية أبي سليمان لا تبطل (على ما عرف في موضعه) قال الأترازي أي في المبسوط . وقال الكاكي في كتاب الشفعة والحوالة والكفالة .

(وأما الثاني وهو جنابة الخطأ) وهذا عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني في الصلح عن جنابة الخطأ فإنه يجوز (فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) فجاز أن في مقابلتها عوض من المال (إلا أنه) أي أن الصلح (لا يصح الزيادة على قدر الدية لأنه) أي لأن قدر الدية (مقدر شرعاً ، فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة) على قدر الدية لئلا يلزم

بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ،
لان القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد ، وهذا إذا صالح
على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز ، لانه مبادلة
بها ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين
بدين . ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها
بالزيادة جاز ، لانه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها . بخلاف الصلح
ابتداء ، لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق

المجاوزة عن التقدير الشرعي (بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث يجوز الزيادة على قدر
الدية ، لأن القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد) لأن المال لم يجب بالعمد وإنما وجب
بالعقد كالنكاح ، فيقوم بقدر ما وقع عليه العقد قل أو كثر (وهذا) أي عدم صحة
الزيادة على قدر الدية (إذا صالح على أحد مقادير الدية) كالإبل والذهب والفضة ، وهي
انواع الدية .

(وأما إذا صالح على غير ذلك) أي على غير مقادير الدية بأن صالح على مكيل
أو موزون (جاز) الصلح على الزيادة (لأنه مبادلة بها) أي بالدية ، فيجوز لأن اختلاف
الجنس لا يظهر الزيادة (إلا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين)
وهو دين الدين بدين بدل الصلح ، وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدين فيما
إذا لم يقض القاضي بذلك (ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها) مثل أن يقضي القاضي
بألف دينار (فصالح على جنس آخر منها بالزيادة) بأن صالح على خمسة عشر ألف درهم
(جاز) أي الصلح (لأنه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها) أي مبادلة الخمسة عشر
ألفاً بألف دينار . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز .

(بخلاف الصلح ابتداء) أي لا يجوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبل
قضاء القاضي على نوع آخر منها (لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق

التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين . قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد ، لانه حق الله تعالى لاحقه ، ولا يجوز الإعتياض من حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها ، لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة ،

التعيين ، فلا يجوز الزيادة على ما تعين (بالشرع .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجوز) أي الصلح (عن دعوى حد ، لانه حق الله تعالى لاحقه) صورته أخذ زانياً أو سارقاً أو شارب الخمر فصالح على مال أن لا يرافعه إلى الحاكم فهو باطل ، ولا نعلم فيه خلافاً (ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره) لأن هذا حق الله تعالى لا حق العبد ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز فيرد ما أخذه (ولهذا) أي ولعدم جواز الاعتياض عن حق الغير (لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة بنسب ولدها لانه) أي النسب (حق الولد لا حقها) أي لا حق الزوجين صورته ادعت المرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه وجعد الرجل ولم تدع المرأة بالنكاح وقالت قد طلقني وإقرار الزوج انه قد طلقها وبانت وصالح من النسب على مائة فالصلح باطل ، لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للأم اسقاطه ، كذا في شرح القدوري ، ونسب هذه الرواية إلى أبي يوسف « رح » في الإيضاح ، وقال النسب حق الصبي فلا تملك الأم اسقاطه بعوض وغير عوض .

(وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة) هذا ايضاً ايضاح لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق الغير وتام البيان فيه ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي في باب الصلح في العقار . قال ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على دراهم مساة ليركه كان باطلاً وهذا على وجهين ، أما إن كان هذا على طريق نافذ أو غير نافذ والصلح على الترك أو على الطرح، ونعني بالنافذ ما لا يكون لقوم خاص ، وقد يكون النافذ خاصاً ولكن الظاهر أنه متى كان المشروع للعامة كان حق العامة لا يخلو إما أن يكون ذلك بحق أو بغير حق

لأنه^(١) حق العامة ، فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف ، لان المقلب فيه حق الشرع .

والصالح على الطرح أو الترك . أما إذا كان الطريق مملوكاً للعامة وعليها ظلة أو كنيف لرجل فصالحه رجل على الطرح فيعطى له شيئاً أو على الترك فيأخذ منه شيئاً ، أي كان بغير حق كان باطلاً ، لأن طرحه واجب عليه لكونه شاغلاً لطريق المسلمين بغير حق فواجب على واحد من آحاد الناس أن يأمره بالطرح على سبيل الأمر بالمعروف .

وإن كانت الظلة والكنيف بحق ويتصور ذلك بأن اختط الإمام موضعاً لإنسان عين فتح البلد وسواه لآخر فالصالح فيها على الطرح جائز ، لأنه يسقط حقه وهو للتعالي بمال وفيه نفع هذه المصالح وللناس كافة فيصح ، وإن صالح على الترك لا يجوز ، لأنه لا يستفيد بهذا الصلح شيئاً ، وإن كان على طريق مملوك إن كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك لا يجوز لما قلنا ، وإن كان بغير حق إن صالح على الترك جاز لأنه ليس فيه نزاع حق ، فهذا يسقط حقه بأداء ما أخذ وفيه نوع نفع للمصالح وأهل السكة فيجوز ، وإن صالح على الترك جاز .

(فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ، لأنه حق العامة) وقيل بقوله إلى طريق العامة ، لأن الظلة إذا كانت على طريق غير فافد صالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، وقيد بقوله واحداً على الانفراد ، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم لترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان اعتياض لإمام عن الشركة التامة جائز ، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح (ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف) أي يدخل حد القذف في إطلاق جواب القُدوري وهو قوله ولا يجوز من دعوى حد ، لان الحد بإطلاقه يشمل كل أحد (لان المقلب فيه حق الشرع)

(١) ولا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه لأنه حق العامة ، هامش .

قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلاً للمال لدفع الخصومة . قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه .

أي في حد القذف الغالب حق الشرع ، وهذا لا يورث ولا يسقط بالعفو عندنا وأخذ العوض على حق الغير لا يجوز .

وعند الشافعي وأحمد «رح» وإن كان المقلب فيه حق العبد ولكن حق غير مالي فلا يجوز أخذ المقوض عنه . وقال شمس الأئمة البيهقي «رح» في الكفاية صالح من حد القذف على مال لا يصح ويسترد المال ، وهو على حجته ، لان المقلب حق الله تعالى كما لو أخذ مرتكب كبيرة على أن لا يرفعه إلى السلطان ، وقال أيضاً دفع مالاً إلى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ، أو يصير الشاهد فاسقاً لا تقبل شهادته إلا إذا تاب كسائر الفسقة .

(قال) أي القدوري (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد) أي المرأة تنكر (فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز) أي هذا الصلح ، يعني نقاده في الظاهر ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه ، كذا في شرح الاقطع ويجيء الآن أيضاً (وكان في معنى الخلع) أي في زعم الزوج إذ ان الخلع بلفظ المرأة صحيح ، وبه قال بعض أصحاب أحمد . وقال بعض أصحابه لا يجوز (لانه أمكن تصحيحه خلعاً من جانبه بناء على زعمه ، وفي جانبها بذلاً للمال لدفع الخصومة . قالوا) أي المشايخ المتأخرون (ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان) أي الرجل (مبطلا في دعواه) وفي النهاية هذا عالم في جميع انواع الصلح ، بدليل ما ذكر في كتاب الإقرار . ولو أقر لغيره بهال والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له أخذ ذلك المال ديانة ، إلا أن يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكاً بطريق الهبة ابتداءً وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» .

قال وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز ،
قال « رض » هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر ، وفي بعضها
قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها . ووجه الثاني
انه بذل لها المال لتترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة
فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل والحال على ما كان
عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح . قال وإن ادعى

(قال) أى القدوري (وإذا ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها
جاز) هذا لفظ القدوري (قال) أى المصنف (هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر) أى
هكذا ذكر القدوري في بعض نسخ المختصر ، يعني قال جاز هذا الصلح (وفي بعضها) أى
وفي بعض نسخ مختصر القدوري (قال) أى القدوري (لم يجز) أى لم يجز هذا الصلح
وقال الاترازي ورأيت في نسخه نسخة ثقة من نسخ القدوري مكتوبة في تاريخ سنة
خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز .

(وجه الأول) أى وجه جواز الصلح الذى ذكره (أن يجعل زيادة في مهرها)
يعني يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالها على أصل المهر دون الزيادة (ووجه الثاني) أى
وجه عدم الجواز (انه بذل لها المال) أى أن الرجل اعطى للمرأة المال (لتترك الدعوى
فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) إذ العوض في الفرقة
من جانب الزوج إذ لا نسلم بشيء من هذه الفرقة ، وأما المرأة هي التي نسلم لها نفسها وتخلص
عن الزوج (وإن لم يجعل) أى فرقة (والحال على ما كان عليه قبل الدعوى) يعني
تكون هي على دعواها (فلا شيء يقابله العوض) يعني فلا يكون ما احده عوضاً عن
شيء (فلم يصح) لانه رشوة محض من غير دفع خصومة ، ويلزمها رد ، وإنما قلنا لم
يقابله شيء ، لأن النكاح ما ثبت ضمناً وهي لتترك الدعوى لأن الفرقة لم توجد فكان
دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز .

(قال) القدوري (وإن ادعى على رجل) مجهول الحال فانكر الرجل (أنه عبده

على رجل انه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز ، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل . وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز ، إلا انه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالح عنه جاز

فصالحه على مال أعطاه جاز ، فكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال) لانه أقرب العقود إليه شهاً بالعتق على مال فيجمل في متوليه (لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا) إيضاح لقوله وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال (يصح على حيوان في الذمة إلى أجل) أي ولكون هذا لا يصح اعتاقاً على مال يصح الصلح على حيوان في الذمة إذ لو كان مبادلة لما صح ، ألا ترى انه لا يصح السلم في الحيوان ، أما الإعتاق على حيوان فصحيح ، فعمل إنه طريقه الاعتاق على مال .

(وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم انه حر الاصل فجاز إلا انه لا يثبت الولاء له) أي المدعي (لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة) بعد ذلك على انه عبد (فتقبل ويثبت الولاء) لأنه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال فيثبت الولاء .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه) أي لم يجز للعبد المأذون له أن يصالح عن نفسه على مال سواء كان عليه دين أو رجع فساد الصلح لا يجوز لولا القتل أن يقتله بعد الصلح لأنه لما صالحه فقد عفى عنه ببذل فصح العفو ولم يجب البذل في حق المولى فتأخر البذل إلى ما بعد العتق (وإذا قتل عبد له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالح عنه جاز) سواء كان عليه

ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعاً ، فكذا استخلاصاً بمال المولى ، وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعاً ، فكذا استخلاصاً ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه ، وهذا شراءه فيملكه ، قال ومن غضب ثوباً يهودياً

دين اولاً (ووجه الفرق) أي بين المسألتين (أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيها) أي في رقبته على تأويل العضو أو الجزء (بيعاً) أي من حيث البيع قيد بالبيع لأنه يملك التصرف فيه إجارة ، كذا ذكره التمرناشي (فكذا) أي فكذا لا يملك (استخلاصاً) أي استخلاص رقبته (بمال المولى ، وصار كالأجنبي) أي وصار العبد المأذون له كالأجنبي في حق نفسه ، لأن نفسه مال المولى والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذن لا يجوز ، فكذا هذا .

(أما عبده) المأذون له فهو (من تجارته) وكسبه (وتصرفه فيه نافذ بيعاً) أي من حيث البيع (فكذا) أي فكذا تصرفه نافذ (استخلاصاً) أي من حيث استخلاص رقبته (وهذا) يريد به أن تحقيق هذا (لأن المستحق كالزائل عن ملكه) لأن الأجنبي يصير مستحقاً بالجناية ، فكأنه زال عن ملكه فصار كأنه مملوك للمولى ، وهذا كان له أن (١) (وهذا شراؤه) أي وهذا الصلح كان شراؤه (فيملكه) أي فيملك ذلك ، بخلاف نفسه فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه ، فكذا لا يملك الصلح وطولب بالتفريق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عمداً وصالح عن نفسه جاز . وأجيب بأن المكاتب حرير (٢) فأكسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن غضب ثوباً يهودياً) قال الأكل يهود قوم

(١) وبدا البياض في هذا المقام ، وسببه لا يفهم ، والله أعلم ، هامش .

(٢) هكذا رسم الكلمة في الأصل والأصح حر .

قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة «رح». وقالوا يبطل الفضل على قيمته بها لا يتغابن الناس فيه، لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين

من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب، يقال ثوب يهودي. وقال الكاكي والأترازي والذي يظهر لي أن لفظ يهود هنا اسم موضع ينسب إليه الثوب المعلوم للقيمة (قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة «رح») وضع المسألة في الأصل في العبد، وكذا الخلاف في كل ما لا مثل له.

(وقالوا) أي قال أبو يوسف ومحمد «رح» (يبطل الفضل على قيمته بها لا يتغابن الناس فيه) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله، ثم قرر بالغصب لاستدعاء الصلح ذلك فإن الحكم في المستهلك، وكذلك وقيد بالثوب احترازاً عن غصب المثل، فإن الصلح فيه بالدرهم والدنانير بالزيادة يجوز بالإجماع، وقد يكون يهودياً ليعرف قيمته إذ لا بد أن يكون الثوب المدعى به موصوفاً، يعني يعرف قيمته وقيد بالاستهلاك لأن الثوب إذا كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع، وقيد بقوله على مائة درهم لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حاله وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع، ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقبض القاضي بالقيمة على الغاصب، أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالإجماع (لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة) أي القيمة مقدرة بالنقود شرعاً (والزيادة عليها) أي على القيمة (تكون ربا) كالصلح في الدية بأكثر من ألف دينار أو بأكثر من عشرة آلاف درهم.

(بخلاف ما إذا صالح على عرض) قيمة زائدة على قيمة المفعوب المستهلك (لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس) فلا يكون ربا (وبخلاف ما يتغابن الناس فيه، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا تظهر الزيادة) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين، فلا

فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة أن حقه في المالك باق ، حتى لو كان عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء ، لأن الحق قد انتقل إلى القيمة . قال وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل ، وهذا بالاتفاق ، أما عندهما فلما بينا . والفرق لأبي حنيفة « رح » أن القيمة في العتق منصوص عليها ،

تظهر الزيادة) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا .
(ولأبي حنيفة أن حقه) أي حق المالك (في المالك باق) ولم يزل ملكه عنه (حتى لو كان) أي المالك (عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه) أي على المنصوب منه .
ولو كان آبقاً فعاد من آباقه كان مملوكاً له (أو حقه في مثله) أي في مثل المالك (صورة ومعنى) أي من حيث الصورة ومن حيث المعنى ، تقرير هذا أن الحق على الرضى بالمثل هو الأصل (لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله) أي فقبل القضاء (إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً) عن حقه في العين والاستيفاء لعين حقه بأكثر منه (فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء) يعني بخلاف الصلح على الأكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة (لأن الحق قد انتقل إلى القيمة) فتكون الزيادة ربا لا محالة .
(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق) بين أصحابنا الثلاثة (أما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (فلما بينا) أي في المسألة المتقدمة أي لما بطلا الفضل بالعين الفاحش لكونه ربا وهنا كذلك .

(والفرق لأبي حنيفة) بين المسألتين (أن القيمة في العتق منصوص عليها) بقوله عليه الصلاة

وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه ، بخلاف ما تقدم ، لأنها غير منصوص عليها . وإن صالحه على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل .

والسلام من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه (وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم) وهو العبد المستهلك أو الثوب (لأنها) أى لان القيمة (غير منصوص عليها) فلم تقم فيه دلالة التقدير بها ، ولهذا لا يكون خيراً أبين تضمنين القاصب وإبرائه والشريك الساكت خيراً على إزالة ملك نصيبه بالإعتاق أو بالضمان أو بالسعاية إليه أشار في المبسوط .

(وإن صالحه على عروض جاز) أى الصلح على الفضل (لما بينا) عن قريب (أنه لا يظهر الفضل) أي عند اختلاف الجنس ، فلا يتحقق الربا والله أعلم بالصواب .

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل ، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه إسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح ، إلا أن يضمنه لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

أي هذا باب في بيان حكم التبرع بالصلح وحكم التوكيل به . ولما بين صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه ، إذ الأول هو الأصل .

(قال) أي القدوري (ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) هكذا في رواية الشيخ أبي نصير ما صالح عليه ، والضمير صالح راجع إلى ما ، والمواد منه بدل الصلح ، وعلى رواية صاحب الهداية ما صالح عنه ، والضمير راجع إلى من (إلا أن يضمنه) أي إلا أن يضمن الوكيل المال (والمال لازم للموكل) أي على الموكل كما في قوله تعالى ﴿ إن أسأتم فلها ﴾ أي فعلها (وتأويل هذه المسألة) هذا قول المصنف يقول تأويل المسألة التي ذكرها القدوري (إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين ، لأنه إسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه ، كالوكيل بالنكاح) فإنه معبر وسفير فيه فلا يلزمه شيء (إلا أن يضمنه) أي إلا أن يضمن الوكيل المصالح به فيلزمه (لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ،

أما إذا كان الصلح عن مال بهال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل . قال وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بهال ضمنه تم الصلح لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها لأجنبي والمدعى عليه سواء فصلح أصيلاً فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين . بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى . وإنا ذلك للذي في يده ،

أما إذا كان الصلح عن مال بهال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل .

(قال) أى القدورى (فإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ، إن صالح بهال وضمنه تم الصلح) هذا الذي ذكره القدورى أحد الوجوه إلا أربعة ، وذكر المصنف وجه بقوله (لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة) لأنه صح تعليق الاسقاط (في حقها) أى وفي حق البراءة (لأجنبي والمدعى عليه سواء) لأن الساقط يتلشى ، ومثله لا يختص بأحد ، فإذا كان كذلك (وصلح) أى الأجنبي أن يكون (أصيلاً فيه) أى في هذا الضمان (إذا ضمنه) إضافة إلى نفسه (كالفضولي بالخلع) من جانب المرأة (إذا ضمن البدل) أى المال (ويكون متبرعاً على المدعى عليه) لا يرجع عليه بشيء (كما لو تبرع بقضاء الدين) .

(بخلاف ما إذا كان بأمره) أى لا يكون متبرعاً ويرجع عليه بما ضمن . وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يرجع إن أدى بأمره (ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى) أى لا يصير الدين المدعى ملكاً للمصالح ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله وإن كان المدعى عليه مقراً (وإنا ذلك) أى الدين (للذي في يده) وفي بعض النسخ للذى في

لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً
أو منكراً ، وكذلك إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي
هذا صح الصلح ولزمه تسليمه ، لأنه أضافه إلى مال نفسه فقد التزم
تسليمه فصح الصلح ، وكذلك لو قال على ألف وسلمها ، لأن التسليم
إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده .

ذمته أى في يده (لأن تصحيحه) أى تصحيح الصلح (بطريق الاسقاط) لا بطريق
المبادلة والساقط يتلاشى ويضمحل .

(ولا فرق في هذا) أى في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به (بين ما إذا كان)
أى الخصم (منكراً أو مقراً) اما إذا كان منكراً فظاهر ، لأنه في زعم المدعى عليه
أنه لا شيء عليه فيكون متبرعاً في إسقاط الخصومة منه وزعم المدعى لم ينفذ اليه . وأما
إذا كان مقراً بالدين وبالصلح ينبغي أن يصير مشترياً ما في ذمته بما أدى ، إلا ان شراء
الدين من غير المذكور لا يصح لان فيه تملك الدين من غير من عليه الدين ، وذا لا يجوز
وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في الأصح . بخلاف ما لو كان به عيناً والمدعى عليه
مقراً ، فانه يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره ، لان شراء الشيء من مالكه صحيح
وإن كان في يد غيره .

(وكذلك) أى وكذلك يصح الصلح ، وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه الاربعة
(إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه) أى لزم
الفضولي تسليم الألف (لانه لما اضافه) أى لما أضاف المال المعقود عليه (إلى مال نفسه
فقد التزم تسليمه) ولما لزمه التسليم بالاضافة (فصح الصلح) لانه تم عقده .

(وكذلك لو قال علي ألف) هذا هو الوجه الثالث ، أى وكذا يصح الصلح لو قال
علي ألف مطلقة (وسلمها) أى الألف (لان التسليم اليه) أى إلى المدعى (يوجب سلامة
العوض له) أى للمدعى ، فإذا كان كذلك (فيتم العقد) أى عقد الصلح (لحصول
المقصود) وهو سلامة البديل للمدعى ، فإذا حصل المقصود تم العقد لا محالة .

ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازته المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل ، لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضاف بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته ، قال « رض » ووجه آخر أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لانه لما عينه للتسليم صار شرطاً سلامته له فيتم بقوله . ولو استحق العبد ووجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح ،

(ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإذا أجازته المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) هذا لفظ القدوري وهو الوجه الرابع من الوجوه الأربعة وقال المصنف (لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه ، لأن دفع الخصومة حاصل له) لأن المدعى عليه هو المحتاج إلى إسقاط الخصومة عن نفسه (إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل ، لأن الزهيم غارم والوفاء بالشرط لازم خصوصاً إذا كان الشرط في عقد لازم (فإذا لم يضاف) لم يكن عليه شيء ولكنه (بقي عاقداً من جهة المطلوب ، فيتوقف على إجازته) أي على إجازة المدعى عليه فان قبل لزمه المال . وإن رده بطل الصلح .

(قال) أي المصنف ، وفي نسخة الاترازي قال العبد الضعيف وفي نسخة شيخنا العلاء قال رضى الله عنه (ووجه آخر) أي غير الوجوه الأربعة التي ذكرها (وهو أن يقول صالحتك على هذا الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لأنه لما عينه للتسليم صار شرطاً سلامته فيتم له) أي سلامة المصالح عليه للمدعي فيتم ، أي الصلح بقول المصالح ذكر هذا تقريباً على مسألة القدوري (ولو استحق العبد) أي العبد الذي صالحه عليه (ووجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح) وكذا لو وجد حراً أو مكاتباً أو مدبراً

لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه ، فإن سلم المحل له
ثم الصلح ، وإن لم يسلم لم يرجع عليه بشيء . بخلاف ما إذا صلح
على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحققت ووجدتها زيوفاً حيث
يرجع عليه ، لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ، ولهذا يجبر على
التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله .

(لأنه) أي لأن المصالح (التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه) أي سوى ما عين
(فإن سلم المحل له ثم الصلح وإن لم يسلم به لم يرجع عليه بشيء) أي على المصالح ، ولكن
يرجع إلى دعواه .

(بخلاف ما إذا صلح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحققت) أي الدراهم (أو
وجدتها زيوفاً حيث يرجع عليه) أي على الذي صلحه (لأنه) أي لأن المصالح (جعل
نفسه أصيلاً في حق الضمان) فصار ديناً في ذمته حيث ضمنه (ولهذا) أي ولأجل ذلك
(يجبر) أي المصالح (على التسليم) أي تسليم الدراهم إذا ضمنها ، بخلاف ما إذا لم يضمن
حيث لا يجبر (فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله) أي ببذل ما لم يسلم إليه ، والله
أعلم بالصواب .

* * *

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكأنه أبرأه عن بعض حقه ،

(باب الصلح في الدين)

أي هذا باب في بيان حكم الصلح عن عموم الدعاوى ، شرع في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم .

(قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة) أي من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة البيع بالدين ، وإنما وضع المسألة في الدين وإن كانت الحكم في الغصب كذلك حملاً لأمر المسلم على الصلح ، لأنه هو المشروع إلى الغصب ، وهو نظير قوله عَلَيْكَ بِالسَّلَامَةِ من قام عن صلاة أو نسيها ... الحديث ، مع أن الحكم في العمد كذلك . قال الكاكي وهامنا ينبغي أن يزداد قيد آخر . وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ، ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة ، لأنه لو أمكن حمله على بيع الصرف مع أنه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعاوضة لا على إسقاط البعض (لم يحمل على المعاوضة) لما فيه من الربا (وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف جاز) أي الصلح (وصار كأنه أبرأه عن بعض حقه) .

وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الاولى ، وللبعض والصفة في الثانية . ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق ، لانه لا يمكن جعله معاوضة ، لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ، فحملناه على التأخير . ولو صالحه على دنائير إلى شهر لم يجز ، لان الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة ، فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئاً

(وهذا) أى عكس عدم الحمل على المعاوضة (لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض) أى لبعض الدين (في المسألة الأولى) وهي مسألة مسأحة الألف بخمسمائة (وللبعض) أى وجعل إسقاطاً لبعض الدين (والصفة) أى وإسقاطاً للصفة (في الثانية) أى في المسألة الثانية وهي مصالح الجياد بالزئوف .

(ولو صالح على ألف مؤجلة جاز) أى الصلح ، يعنى إذا صالح الطالب على ألف درهم مؤجلة جاز لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن (وصار كأنه أجل نفس الحق ، لانه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز) شرعاً ، لأن ذلك بيع الدين بالدين (فحملناه على التأخير) أى تأخير الدين ، لأن التأخير تصرف في حقه لا في حق غيره .

(ولو صالحه على دنائير إلى شهر لم يجز) هذا لفظ القدورى ، أى لو صالح الطالب المطلوب عن الدراهم الحالة على دنائير مؤجلة (لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فلا يمكن حمله على التأخير) أى تأخير الحق ، لان حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير ولما لم يكن ذلك ولا غيره (ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئاً

لا يجوز فلم يصح الصلح . قال ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز ، لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام ، وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ، لان البيض غير مستحقة بعقد المدائنة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود ، لانه إسقاط بعض حقه قدرأ و وصفاً . وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود

لا يجوز ، فلم يصح الصلح) لأنه يؤدي إلى الربا .

(قال) أى القدوري (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز ، لأن المعجل خير من المؤجل وهو) أى المعجل (غير مستحق بالعقد فيكون) أى تعجيل الخمسمائة التي كانت عوض عن الاجل (بإزاء ما حطه عنه) فيكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة (وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) ألا ترى أن ربا النساء حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل ، فلأن تحرم حقيقة اولى ، وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر العلماء . (ولو كان له الف سود وصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السود (لان البيض غير مستحقة بعقد المدائنة وهي زيادة وصف) أى البيض زائدة من حيث الوصف (فيكون معاوضة الالف بخمسمائة زيادة وصف فيكون ربا) وفي بعض النسخ فهو ربا .

(بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود ، لانه إسقاط بعض حقه قدرأ ووصفاً) أى من حيث القدر والوصف ، حيث يجوز (وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود) أى قدر الدين أجود من الدين ، حيث يجوز ، ومعناه ما

لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة ، إلا انه يشترط القبض في المجلس . ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح ، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي ، فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد ، ولأن معنى الإسقاط فيه ألزم . قال ومن له على آخر ألف درهم فقال أد لي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

قاله في شرح الكافي ، ولو كان له عليه ألف درهم غلة فصالحه منها على ألف درهم حالة فإن قبض قبل أن يعتبر ، فاجاز وإن تفرقا قبل أن يقبض بطل (لأنه معاوضة المثل بالمثل ، ولا معتبر بالصفة ، إلا انه يشترط القبض في المجلس) لأنه صرف ، والنخبة اسم لما هو الموجود من الدراهم السود .

(ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار وصالح على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح ، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي) يعني يحمل على أنه إسقاط حقه في الدنانير أصلاً ، واسقط حقه في الدراهم إلا مائة ، وإذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة (فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد) وتحرزاً عن الربا (ولأن معنى الإسقاط فيه) أي في الصلح (ألزم) لأنه مبني على الخطيئة والخط ها هنا أكثر ، فيكون الإسقاط ألزم .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم) أي حالة (فقال أد لي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضيل ففعل فهو بريء) أي من الفضل (فان لم يدفع اليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة ، والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه ، فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته ، لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح منه ، وكلمة على وإن كانت للمعاوضة ، في محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه

وقال أبو يوسف لا يعود عليه الألف لانه إبراء مطلق (فثبت البراءة مطلق أعطى أو لم يعط) (ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً) أي عن الإبراء (حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) أي كلمة على للمعاوضة (والاداء لا يصلح عوضاً) لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن ^(١) (لكونه مستحقاً عليه) لم يستفد منه شيء لم يكن وإذا كان كذلك (فجرى وجوده مجرى عدمه) أي جرى وجود الأداء عوضاً مجرى عدمه (فبقي الإبراء مطلقاً ولا يعود كما إذا بدأ بالإبراء) بأن قال أبرأتك على خمسمائة من ألف على أن تؤدي غداً خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة .

(ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن هذا إبراء مقيد بالشرط) أي بشرط مرغوب فيه ، فيكون إبراء مقيداً (فيفوت بفواته) أي عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس علة الانتفاء المشروط عندنا ، لكنه عند انتفائه فات لبقائه على عدم الاصل ، وإنما قلنا انه مقيد بالشرط (لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح منه) واصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى (وكلمة على وإن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه) أي في الشرط ، فإنه فيه مقابلة الشرط بالخبر لما كان بين العوضين وقد تعذر والعمل معنى المعاوضة ، فإذا كان

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه ،
أو لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط ، وإن كان لا يتعلق
به كالحالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى .
قال « رض » وهذه المسألة

كذلك (فيحمل عليه) أى على الشرط (عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً
لتصرفه) وقال الاكل وكان منها قول بموجب العلة ، أى سلمنا انه لا يصح ان يكون
مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط .

(أو لانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة ، يعني ان حمل كلمة على
الشرط لاحد معنيين ، إما لوجود المقابلة ، وإما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف
بأن يكون تعجيل البعض مقيداً للابراء الباقي ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وصار
كما لو قال إن لم تنفذ غداً فلا يصلح بيننا (والابراء مما يتقيد بالشرط) هذا جواب عما
يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل ان يقول لغريم أو كفيل إذا أدبت او متى ادبت إلى
خمسائة فانت برىء من الباقي باطل بالاتفاق ، والتقيد بالشرط وهو التعلق به ، فكيف
كان جائزاً أو تقديرأ . الجواب أن الإبراء مما يتقيد بالشرط .

(وإن كان لا يتعلق به) يعنى يجوز أن يكون الإبراء مقيداً بشروط مرغوب فيه
وإن كان لا يتعلق به ، أي بالشرط حتى إذا قال الشرط انتقض الإبراء (كما في الحوالة (١))
فإنه مقيده بشرط سلامة الدين من ذمته ، حتى إذا مات المحتال عليه مفلساً انتقضت الحوالة
وعاد الدين إلى ذمة المحيل ، ولكن يجوز تعنيق الإبراء بالشرط أصلاً لما فيه من معنى
التمليك (وستخرج البداية بالإبراء إن شاء الله تعالى) هذا عذر من تأخير جواب ما قاس
عليه أبو يوسف بقوله كما إذا بدأ بالإبراء يعنى بذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند
قوله والثالث إذا قال أبرأتك إلى آخره .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وهذه المسألة) أشار به إلى قوله ومن له على آخر

(١) كالحوالة - هامش .

على وجوه ، أحدها ما ذكرناه ، والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غد وأنت بريء من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غد فالالف عليك على حاله . وجوابه أن الامر على ما قال ، لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به . والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لانه أطلق الإبراء أولاً ، وأداء الخمسمائة لا يصح عوضاً مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به . بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الإبراء حصل مقروناً به ، فمن حيث انه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ، ومن حيث انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً ، فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا .

الف درهم ... إلى آخره (على وجوه أحدها ما ذكرناه) وهو قوله ومن له على آخر ... إلى آخره .

(والثاني) أي الوجه الثاني (إذا قال صالحتك من الف على خمسمائة تدفعها إلى غداً وأنت بريء من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غد فالألف عليك على حاله ، وجوابه أن الامر على ما قال) أي بالإجماع (لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به) .
(والثالث) أي الوجه الثالث (إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والابراء فيه واقع أعطى) أي على (الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء أولاً وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده) أي يعتبر الإبراء (بالشرط فلا يتقيد به ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة ، لأن الإبراء حصل مقروناً به) أي بالأداء (فمن حيث أنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ، ومن حيث انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا)

والرابع اذا قال أد إلى خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتاً . وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لان هذا إبراء مطلق ، لانه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً ، بخلاف ما تقدم ، لأن الأداء في الغد غرض صحيح . الخامس إذا قال إن أديت إلى خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء ، لأنه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التملك ، حتى ترتد بالرد ، بخلاف ما تقدم ، لأنه ما أتى بصريح الشرط

أي الوجهان ، وهو ما إذا بدأ بالإبراء ، وأما إذا بدأ بأداء الخمسمائة ... (الرابع) أي الوجه الرابع (إذا قال أد إلى خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتاً ، وجوابه أنه يصح ولا يعود الدين ، لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً ، لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم) أي بخلاف ما إذا وقت للأداء وقتاً كما في قوله أد إلى غداً منها خمسمائة على أنك بريء منها من الفضل (لأن الأداء في الغد غرض صحيح) .

(والخامس) أي الوجه الخامس (إذا قال إن أديت إلى خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لانه علقه بالشرط صريحاً ، وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها) أي في البراءة (من معنى التملك حتى ترتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط) يعني إن الإبراء فيه معنى الإسقاط ومعنى التملك ، فإذا صرح بالتعليق ثم بصح اعتبار بسبب التملك ، وإذا لم يصرح به صح اعتبار الشبه

فحمل على التقييد به . قال ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سرّاً ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

فصل في الدين المشترك

وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين ،

الإسقاط ، فإذا كان كذلك (فحمل على التقييد به) أي بالشرط .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل) آخر دينه أو حط شيئاً من دينه (جاز عليه) أي هذا التصرف وهو التأخير أو الحط جاز على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا مطالبة ما حط عنه ، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يتمكن (لأنه) أي لأن رب الدين (ليس بمكره) لأنه يمكن دفع هذا بإقامة البينة أو التحليف (ومعنى المسألة إذا قال ذلك سرّاً أما إذا قال علانية يؤخذ به) أي يؤخذ المقرر بجميع الحال في الحال بلا خلاف ، لأنه أقر عنه بالحق .

(فصل في الدين المشترك)

أي هذا فصل في بيان حكم الدين المشترك آخر هذا عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد . (وإذا كان الدين بين شريكين وصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) هذا لفظ القدوري ، والاستثناء من قوله فشريكه بالخيار ، يعني إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك غير المصالح الخيار ، لأن حقه في الدين

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق ، فيصير كزيادة الولد والثمره فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ،

ولا يكون له سبيل في الثوب ، وإنما وضع المسألة في الدين بين شريكين ، لأنه إذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشاركه الآخر بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعى عليه منكراً أو مقراً ، لأن الصلح بإقرار معاوضة فيجوز ، وبإثبات معاوضة في زعم المدعى عليه فلا يثبت للشريك حق الشركة .

(والأصل في هذا (١)) للفصل (أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض ، لأنه ازداد بالقبض) أي لان الدين ازداد خبراً بسبب كونه مقبوضاً أو منقوداً (إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض) لان الدين قبل القبض وصف شرعي ، وبعد القبض صار عيناً منتفعاً قابلاً للتصرفات ، ولان الدين ليس بمال ، ولهذا لو حلف على أن لا مال له ديون على الناس لا يحث وبعدهما قبض صار مالاً (وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق ، فيصير كزيادة الولد والثمره فله حق المشاركة) في أصل الحق (ولكنه قبل المشاركة) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركته كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر . وتقدير الجواب ما قاله ، ولكنه أي ولكن المقبوض قبل المشاركة ، أي أن يختار الشريك مشاركة القبض (باق على ملك القابض ، لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته) .

(١) وأصل هذا - هامش .

والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كئمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وئمن المال المشترك والمورث بينهما وقيمة المستهلك المشترك ، فإذا عرفت هذا نقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته ، لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب ، لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك . قال ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

ثم عرف المصنف الدين المشترك بقوله (والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كئمن المبيع إذا كان صفقة واحدة) قيد به لانه لو باع أحدهما نصيبه بخمسمائة والآخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه صلحاً واحداً بألف ثم قبض أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لان الفرق التسمية في حق القابض كتفرق الصفقة (وئمن المال المشترك) أي والدين المشترك ايضاً ئمن المال المشترك بين الاثنين (والمورث بينهما) أي بين الاثنين أي والئمن المورث بينهما بأن باع رجل عيناً ومات قبل قبض الثمن وله وارث (وقيمة المستهلك المشترك) بين الاثنين .

(فإذا عرفنا هذا) لما فرغ المصنف رحمه الله من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا وترك عليه (نقول في مسألة الكتاب) أي القدوري (له أن يتبع الذي عليه الاصل) أي للساكت أن يتبع المديون (لان نصيبه باق في ذمته) ولم يستوفيه (لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب) ونصف الثوب قدر ربع الدين ، لان الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربع لا محالة (لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين ، لان حقه في ذلك) أي لان حقه في الاصل كان في الدين .

(قال) أي القدوري (ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة . قال ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كلاً ، لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والخطيئة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده ،

يشاركه فيما قبض لما قلنا) أى قبض هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض (ثم يرجعان على الغريم الباقي ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة) .

(قال) أي القدوري (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين ، لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كلاً) أى من غير خطيئة . بيان هذا أن رب الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المدينون سلعة وجب على سلعة ذمة مثل ما وجب في ذمة المدينون فالتقيا قصاصاً فصار كأنه قبض نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا .

(لأن مبنى البيع على المماكسة) دليل قوله صار قابضاً حقه بالمقاصة كلاً (بخلاف الصلح) يعنى ما إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلاً حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع اليه ربع الدين . وعند زفر يارمه أن يؤدي إليه ربع الدين بلا خيار (لأن مبناه) أى مبنى الصلح (على الإغماض والخطيئة) وهذا لا يملك بيعه مراجعة ، فكان المصالح بالصلح إبراء عن بعض حقه وقبض البعض (فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر) أى المصالح (به) لأنه لم يستوف نصف الدين كلاً ، فإذا كان كذلك (فيتخير القابض كما ذكرناه) أشار به الى قوله إلا أن يضمن له شريكه ، أى إلا أن يضمن القابض للساكت ربع الدين (ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع ، لأنه ملكه بعقده) أى لأن الذى

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا . لأن حقه في ذمته باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشاركه ، فلو سلم ما قبض ثم توى ما على له الغريم له أن يشارك القابض ، لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم . ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل

اشترى نصيبه من الدين ثوبا ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين . وقال الاترازي لا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يبقى في صورة الشراء ، ولكن مع هذا لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز ، لأن الثوب على ملك القابض ، فإذا سلم إلى الشريك الساكت نصفه ورضي هو بذلك صار كأنه باع منه نصف الثوب .

(والاستيفاء بالمقاصة) بالرفع جواب عما يقال هب انه ملك بعقده إنما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الإشتراك في المقبوض . وتقدير الجواب أن يقال الاستيفاء بالمقاصة أي استيفاء الشريك بالتقاصص (بين ثمنه وبين الدين) أي وبين دينه الخاص لا بدين مشترك ، فلا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) أي وللشريك اتباع المدين حصة في صورة الصلح على الثوب وصورة أخذ الدين من الدرام أو الدنانير ، وصورة شر السلعة (لأن حقه) أي لأن حق الساكت (باق في ذمته) أي في ذمة المدين (لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة ، لكن له حق المشاركة في المقبوض فله أن لا يشاركه) يعني لا يلزمه المشاركة .

(فلو سلم له ما قبض) أي فلو سلم الشريك الساكت له أي للقابض ما قبضه وهو الثوب الذي بدل الصلح أو ثوب المشتري أو الدرام أو الدنانير (ثم توى ما على الغريم) بأن مات مفلساً (له أن يشارك القابض لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) يعني إنما رضي بالتسليم على رجاء سلامة ما في ذمة الغريم ، فإذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة إذا مات ليحتال عليه مفلساً فيرجع المحتال له على الهيل . (فلو وقعت المقاصة بدين كان عليه) أي على أحد الشريكين (من قبل) أي قبل

لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتضى . ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك ، لأنه إتلاف وليس بقبض . ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام . ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض .

الدين المشترك بأن أقر أحد الشريكين أن المدين عليه حقاً قبل ثبوت الدين المشترك (لم يرجع عليه الشريك لأنه) أى لأن القابض (قاض بنصيبه) أى مؤديه نصيبه (لا مقتضى) أى لا مستوفى دينه لما أقر الدينين يصير قضى على اولياء^(١) .

(ولو أبرأه عن نصيبه) أى لو أبرأ أحد الشريكين المدين عن نصيبه من الدين (فكذلك) أى لم يرجع على شريكه (لأنه إتلاف وليس بقبض) أى لأن الإبراء إتلاف نصيبه فلم يزد له شيء بالبراءة فلا يرجع عليه (ولو أبرأه عن البعض) أى لو أبرأ أحد الشريكين الدين عن بعض نصيب (كانت قسمة الباقي) أى باقي الدين (على ما بقي من السهام) أى من سهامها من الدين كما إذا أبرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للمشتري المطالبة بخمس دراهم .

(ولو أخر أحدهما عن نصيبه) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن الدين عن نصيبه (صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما) أى عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ، وذكر محمد « رح » مع أبي حنيفة رحمه الله في هذا يخالف لعامة روايات الكتب في المبسوط والأسرار والإيضاح وغيرها ، فإن المذكور فيها قول محمد رحمه الله مع أبي يوسف رحمه الله ، والخلاف هكذا مشهور في المنظومة في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه حيث قال فيها والدين بين اثنين ، هذا قد جعل نصيبه مؤجلاً شهراً بطل . وكذا ذكر الخلاف في المختلف والحصص (لأنه) أى لأن تأخير أحد الشريكين عن نصيبه (يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) لأن في القسمة معنى التملك فيكون فيه

(١) هكذا سياق الجملة في الاصل .

ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده
فهو قبض، والاستئجار بنصيبه قبض. وكذا الإحراق عند محمد
«رح»، خلافاً لأبي يوسف «رح»، والتزوج به إتلاف
في ظاهر الرواية

تليك الدين من غير على من يحصل عليه الدين .

(ولو غصب أحدهما عيناً منه) أى ولو غصب أحد الشريكين عيناً من المديون
(أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض) أى قبض نصيبه من الدين المشترك
(والاستئجار بنصيبه قبض) بأن استأجر أحدهما من المديون داراً بنصيبه من الدين
وقبض كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين . وفي المبسوط استأجر بنصيبه داراً من
الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه ، وروى ابن سماعه عن محمد هذا
إذا استأجر بخمسمائة مطلقاً ، أما لو استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر
عليه بشيء .

(وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله) أى لو أحرق
أحدهما ثوب المديون وهو يساوى نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد رحمه الله هذا
قبض حتى يثبت للساكت أن يطالبه بربع الدين ، لان الإحراق إتلاف لمال مضمون
فيكون كالفصب ، والمديون صادقاً راضياً بنصيبه بطريق المقاصة ، فيجعل المحرق مقتضياً
وهذا إذا القى النار على الثوب ، أما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان الساكت يضمه بربع
الدين . وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع عليه بشيء لانه متلف نصيبه بما صنع
(والتزوج به) أى بنصيبه ، يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لها
عليها لا يكون ذلك قبضاً للدين ، بل هو (إتلاف في ظاهر الرواية) احتراز به عن رواية
بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع بنصف حقه لو وقع القبض بطريق المقاصة . وجه
الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى
الزيادة ، فصار كما لو أبرأ .

وكذا الصلح عليه عن جناية العمد . قال وإذا كان السلم بين
الشريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجوز عند
أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» يجوز الصلح
اعتباراً بسائر الديون ، وبما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في
نصيبه . ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة
الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر ، بخلاف
شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قائم
بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه ، ولأنه

(وكذا الصلح عليه من جناية العمد) أى وكذا هو اتفاق لا قبض بأن جنى إحدى
الشريكين على المدين علفاً فيما دون النفس . وقيل بجناية العمد ، لأن في جناية الخطأ
يرجع ، ولكن ذكر في الإيضاح مطلقاً فقال ولو شح المطلوب موضعه فصالحه على حصته
لم يرجع شريكه شيء ، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح .

(قال) أى القدوري (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على
رأس المال لم يجوز عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ، وقال أبو يوسف يجوز الصلح اعتباراً
بسائر الديون وبما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه) فانه يجوز بدون رضى الآخر
ولأن ملك كل واحد منهما ممتاز عن الآخر ، فجاز تفرد بالفسخ .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أنه) أى أن الصلح أحدهما (لو جاز في نصيبه
خاصة يكون قسمة الدين في الذمة) قبل القبض ، لأن خصومة نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز
ولا تميز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها (ولو جاز) أى الصلح (في نصيبهما لا بد من إجازة
الآخر) ولم يوجد (بخلاف شراء العين) هذا جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء
العبد وبينه بقوله (وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد) أى فابتأ به (والعقد قائم بهما
فلا يتفرد أحدهما برفعه) أى برفع العقد القائم بهما (ولأنه) دليل آخر له أى ولأن الصلح

لو جاز لشاركه في المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه ؛ قالوا هذا إذا خلطا رأس المال ، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق .

فصل في التخرج

المذكور (لو جاز لشاركه) الشريك الآخر (في المقبوض) عن رأس المال (فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك) أى من عليه بالقدر من المسلم فيه الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح (فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه) وذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته .

(قالوا) أى قال المتأخرون من مشايخنا (هذا) أى هذا الخلاف (إذا خلطا رأس المال) وكان رأس المال مشتركاً بينهما (فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول) أراد به النكته الأولى ، وهي لزوم قسمة الدين في الذمة (هو على الاختلاف) المذكور (وعلى الوجه الثاني) أراد به النكته الثانية (هو) قوله ولأنه لو جاز لشاركه ... إلى آخره (على الاتفاق) أى صح صلح أحدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المال إذا لم يكن مخلوطاً وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه ، لأنه لاحق له فيه لأنه مال الغير .

(فصل في التخرج)

أى هذا فصل في بيان حكم التخرج . والتخرج لغة إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه ، كذا في الصحاح ، وشرعاً إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع اليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غيره ، وشرطه أن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها ، وأن يكون ما أعطاه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، وشرطه عند البعض أيضاً أن تكون أعيان التركة معلومة بأنها من أي جنس عند الصلح .

قال وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عرض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً لأنه أمكن تصحيحه بيعاً وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، قال وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً ، أو كان ذهباً فأعطوه فضة فكذلك ، لأنه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس ، لأنه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض

(قال) أي القدوري (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) قيد بقوله والتركة عقار أو عروض لأنها إذا كانت ذهباً أو فضة يحىء حكمها بعد هذا (لأنه أمكن تصحيحه بيعاً) إنما تعين البيع فيه لجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه ، لأن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع (وفيه) أي وفي جواز التخرج (أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) هذا غريب بهذا اللفظ . وروى عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا ابن حنيفة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبد الرحمن بن عوف « رض » أخرجها أهلها من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم .

(قال) أي القدوري (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً) أي أو كانت التركة ذهباً (فأعطوه فضة فكذلك) يعني جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً (لأنه يبيع الجنس ، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس ، لأنه صرف غير أن الذي في يده) أي غير أن الوارث الذي في يده (بقية التركة إن كان جاحداً) أي التركة (يكتفى بذلك القبض) أي القبض السابق يعني لا يحتاج إلى تجديد

لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقراً لا بد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح . وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا . ولو كان في التركة الدراهم والدنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز

القبض (لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح) وهو قبض ضمان لأنه مثله (وإن كان) أي الذي في يده بقية التركة (مقراً) أي بالتركة (لا بد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح) لأنه كان مقراً فلا بد من تجديد القبض بالتخلى بالانتهاء إلى أن يتمكن فيه من قبضه ، لأن قبضه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان والأصل أن القبض إذا تجانسا أمانة أو ضماناً ناب أحدهما مناب الأرض ، وإن اختلفا ناب قبض الضمان عن قبض الأمانة ولا ينعكس .

(وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة ، لأنه صرف في هذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا) يعني جاز هو قل بدل الصلح أو أكثر لأنه لا يلزم الربا ولا يشترط فيه التقابض أيضاً ، لأنه ليس بصرف .

(ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان) يعني بلا اشتراط التساوى في الجنس والزيادة على ذلك قل بدل الصلح أو أكثر

الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع ،
لكن يشترط التقابض للصرف . قال وإن كان في التركة دين على
الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون
الدين لهم فالصلح باطل ، لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو
حصة المصالح . وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم
بنصيب المصالح فالصلح جائز ، لأنه إسقاط أو هو تمليك الدين ممن
عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز . وأخرى أن يعجلوا
قضاء نصيبه متبرعين . وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة ،

(صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس) تصحيحاً للعقد (كما في البيع) حيث يصرف الجنس إلى
خلاف الجنس محرزاً عن الربا (لكن يشترط فيه التقابض للصرف) أى لأجل
كونه صرفاً .

(قال) أى القدوري (وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح) أى
أدخلوا الدين في الصلح (على أن يخرجوا المصالح) بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل
(عنه) أى عن الدين (فيكون الدين لهم فالصلح باطل) أى في الكل في العين والدين
(لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه) أى الدين (وهو حصة المصالح) أى تمليك الدين
من غير من عليه حصة المصالح بكسر اللام .

(وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) يعني إذا شرط الورثة أن يبرأ المصالح من
نصيبه من دين الغرماء وهم المديون (ولا يرجع) أى الورثة (عليهم) أى على الغرماء
(بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه إسقاط) أى إسقاط من ذمة المديون (أو هو تمليك
الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز وأخرى) أى وحيلة أخرى (أن
يعجلوا) الورثة (قضاء نصيبه) أى نصيب المصالح من الدين حال كونهم (متبرعين ،
وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة) أما في الوجه الأول فلعدم تمكنهم من الرجوع على

والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة ، قيل لا يجوز

الغرماء . وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة ، والنقد خير من الدين .

(والأوجه) أي في جواز (أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه) من الدين (ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم) أي ويحيل المصالح الورثة (على استيفاء نصيبه من الغرماء) وذكر الخصاص هذا الوجه في كتابه الحيل (ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون) ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري ، يعني إذا لم يكن في التركة دين على الناس ولكن أعيان التركة ليست معلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه على كيلى كالحنطة والشعير ووزني كالحديد والصفير ، فهل يجوز هذا الصلح أم لا اختلف المشايخ فيه .

(قيل لا يجوز لاحتمال الربا) لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلى ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من مثالى ذلك أو أقل ، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا (وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) وإنما المعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة وذلك لأنه لو علم أعيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة ، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة لأنه يحتمل أن يكون في التركة كيلى ووزني ، ويحتمل أن لا يكون ، والقائل بعدم الجواز المرغيناني ، والقائل بالجواز هو أبو جعفر الهندواني . وفي فتاوى قاضي خان والصحيح ما قاله أبو جعفر .

(ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز

لكونه بيعاً ، إذ المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنها لا يفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة ، لأن التركة لم يملكها الوارث ، فإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخي « رح » في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجاوز قياساً .

لكونها بيعاً) أى لكون الصلح بيعاً (إذ المصالح عنه عين) وبيع المجهول لا يصلح وهو قياس مذهب الشافعي (والأصح أنه يجوز) وبه قال أحمد « رح » (لأنها) أي أن الجهالة (لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية عن الورثة) ولا يطلبوا شيئاً آخر من المصالح مقابل بدل الصلح (وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة ، لأن التركة لم يملكها الوارث) وبه قال الشافعي في وجه (وإن لم يكن مستغرقاً) أي وإن لم يكن الدين مستغرقاً للتركة (لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه) أي دين الميت (لتقدم جهة الميت ، فلو فعلوا قالوا يجوز) جاز لأن القليل لا يمنع الإرث وبه قال الشافعي في وجه .

(وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجاوز قياساً) وذكر في الذخيرة القياس والاستحسان من غير نسبه إلى الكرخي ، وهكذا في مبسوط شيخ الإسلام ، وفيه إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس ان لا يقسم ولكن يوقف الكل ، وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للرماء ويقسم الباقي بينهم بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً هل يمنع ملك الوارث في التركة أم لا ، فالقياس أن يمنع ، لأن ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان المورث جارية حل وطنها نفياً للضرورة عن الوارث ، إذ لا تخلو التركة عن قلب الدين والله أعلم بالصواب .

* * *

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، سمي به ، لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وهي مشروعة للحاجة إليها

(كتاب المضاربة)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على الاسترباح. أما المضاربة فان مبناها على هذا ، وأما الصلح فإن المصالح سعى المدعى عليه مستريح ، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت .

(المضاربة) على وزن مفاعلة (مشتقة من الضرب في الأرض) وهو السير فيها ، قال الله عز وجل ﴿ وآخرون يضربون في الأرض ﴾ ٢٠ المزل ، أعني بالضرب السفر للتجارة سمي هذا العقد لان المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح ، وتسمية أهل المدينة هذا العقد معاوضة وقراضاً مشتقا من القرض وهو القطع ، وصاحب المال يقطع قدراً من المال عن تصرفه ويجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد ، واختار هذا اصحاب الأئمة الثلاثة ، وقالو كتاب القراض واختار اصحابنا لفظ المضاربة لموافقة الكتاب . وفي الاصطلاح هي إعارة المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطاً (سمي به) ذكر الضمير في الموضعين باعتبار العقد أي سمي عند المضاربة بهذا اللفظ (لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) وفيه مناقشة ، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً ، والكلام الموجه أن يقال لأن المضارب يسير في الأرض طلباً للربح كما ذكرنا .

(وهي مشروعة للحاجة إليها) أشار بهذا إلى مشروعية بيان هذا النوع من التصرف ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ﴾ ٢٠ المزل ، أعني بالضرب السفر للتجارة وبالسنة على ما يأتي ، ولأجل احتياج الناس

فإن الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه ، وبين مهتد في
التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة إلى شرح هذا النوع من
التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقر والغني ، وبعث النبي
ﷺ والناس يباشرونه فقرهم عليه

إلى هذا التصرف وبين هذا بالفاء التفسيرية لقوله (فإن الناس بين غني بالمال غني عن
التصرف فيه) أي في المال والغني بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة على وزن فاعيل
من العبادة وهي قلة الفطنة (وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه) أي عن المال والصفر
بكسر الصاد المهملة وسكون الفاء الخالي ، يقال بيت صفر من المتاع ، ورجل صفر
اليد (فمست الحاجة) أي إذا كان الأمر كذلك مست الحاجة (إلى شرح هذا النوع
من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقر والغني) لأن الله تعالى خلق الخلق
أطواراً مختلفة الطبائع مبانٍ التصرفات والحرف ، مشتملين على الفقر والغني ، محتاجين
إلى إعانة بعضهم بعضاً ، فلا جرم شرع هذا التصرف ونحوه ليقوم بها معاشهم وتحصل
بها أغراضهم .

(وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقرهم عليه) الواو في والناس للحال والضمير
المنصوب في يباشرونه والمجرور عليه يرجون إلى عقد المضاربة لا إلى المضاربة لفظها ، وقد
ذكر السفناقي ناقلاً عن المبسوط ، ثم جواز هذا العقد عرف بالسنة والإجماع ، قال سنة ما
روى أن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان إذا دفع مالا مضاربة شرط على
المضارب أن لا يسئلك به بجرأ^(١) وأن لا ينزل وأديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل
ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه ، وتبعه على ذلك الكاكي وصاحب
العناية وغيرهما ، ولم يرو أحداً منهم بين أصل الحديث ، وحال من خرجة فأقول هذا
الحديث أخرجه البيهقي عن يونس بن أرقم حدثنا أبو الجارود وعن حبيب بن يسار عن
ابن عباس ، قال كان العباس رضي الله عنه إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن

(١) في الأصل بالجرأ ، والصحيح ما أثبتناه ، أ هـ مصححه .

وتعاملت به الصحابة « رض » ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده

لا يسلك به مجراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، فان فعل فهو ضامن فوق شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه ، وأبو الجارود زيادة بن المنذر كذبه ابن معين .

(وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم) أي بعقد المضاربة كما ذكرنا روى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن عن أبيه عن جده انه عهد في (١) قال لعثمان رضي الله عنه علي أن الربح بينهما . وروى البيهقي من حديث ابن وهب أخبرني أبي لهيعة عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه أنه سأل عن الرجل يعطي المال رجلاً قراضاً فيشترط له كما أعطى نحو يوم أخذ ، قال لا بأس بذلك . وأخرج الدارقطني عن حياه وأبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير وغيره ان حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة فضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن مسيل ، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي . وأخرج البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي رضي الله عنه أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الانصاري عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى مالاً يتيم مضاربة وكان يعمل به بالعراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح ، وأخرج أيضاً عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود رضي الله عنه أعطى زيد بن خليفة مالاً مقارضة ، وأخرج هذا أيضاً الحسن بن زياد في كتاب الجرد وقال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود انه أعطى زيد بن خليفة البكري مالاً مضاربة فأسلم زيد بن خليفة المضاربة إلى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن عرقوب في قلائص إبل فحلت فأدى بعضها فذكر ذلك لعبد الله فقال خذ منه رأس مالك فلا تسلم في شيء من الحيوان (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده) وليس فيه خلاف . وفي شرح الطحاوي أن يصير المال مضموناً عند المضارب أن يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه ، ثم يأخذه منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفع إليه يستعين به في العمل حتى لو هلك

(١) هكذا كتبت في الاصل ، أ هـ مصححة .

لأنه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البدل والوثيقة ، وهو وكيل فيه
لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة . وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزء
من المال بعمله ، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل
أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره .

به ملك كالقرض وإذا ربح ولم يملك يكون الربح بينهما على الشركة .

وحيلة أخرى أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهما واحداً ويسلمه إليه ثم إنهما
يشتركان في ذلك شركة عنان ، على أن يكون رأس مال المقرض درهما ، ورأس مال
المستقرض جميع ما استقرض ، على أن يعمل جميعاً وشرطاً على أن الربح بينهما ، ثم بعد
ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن هلك المال في يده فالقرض عليه ، ولو ربح
فالربح بينهما على الشرط .

(لأنه) أى لأن المضارب (قبضه بأمر مالكة لا على وجه البدل) احتاز به عن
المقبوض على سوم الشراء والقرض ، فإنه مضمون (والوثيقة) أى ولا على وجه الوثيقة
واحتاز به عن الرهن فإنه مضمون بالآقل من قيمته ومن الدين (وهو وكيل فيه) أى
المضارب وكيل في المدفوع إليه : وقال الاترازي وكيل في العمل والأول أقرب وأصوب
(لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة) ولهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كما لو
كيل (وإذا ربح فهو شريك فيه) أى في الربح وليس المراد أنه شريك في رأس المال مع
الربح ، لأن رأس المال إنما شركة في الربح (لتملكه جزء من المال بعمله) أى لتملك
المضارب جزءاً من المال وهو الربح الشائع فيه وذلك بسبب عمله وسعيه .

(فإذا فسدت) المضاربة (ظهرت الإجارة) لأنه يعمل لرب المال في ماله فيصير ما
شرط من الأجر كالأجرة على عمله (حتى استوجب العامل أجر مثله) لأنه يكون في
الإجازات (وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره) فيصير المال
مضموناً عليه وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم . وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على
شريك في الربح ، وبه قال الحسن والزهري « رح » .

قال المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين
ومرادده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ، ألا ترى أن الربح لو
شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان
قرضاً . قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة

(قال) أي القدوري (المضاربة ، عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين) هذا
تفسير للمضاربة على الاصطلاح ، ولكن لما كان فيه نوع حقار لأنه قال عقد على الشركة
ولم يبين أن الشركة فيما إذا فسر المصنف بقوله (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله
من قوله عقد على الشركة (الشركة في الربح) لا في رأس مال مع الربح ، لأن رأس
المال لرب المال (وهو) أي الربح (يستحق بالمال من أحد الجانبين ، والعمل من
الجانب الآخر) وهو المضارب وقول يستحق على صيغة المجهول (ولا مضاربة بدونها)
أي بدون الشركة وأشار به إلى أن العقد ينتفى بانتفائها .

(ألا ترى) ايضاح لقوله عقد على الشركة وقوله لا مضاربة بدونها (أن الربح لو
شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً) وقال مالك
يكون مضاربة صحيحة في الوجهين . وقال الشافعي وأحمد رحمهم الله إذا قال خذ
مضاربة والربح لي أو لك يفسد عقد المضاربة ولا ينصرف إلى شيء .

(قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة) أي قال القدوري وهو أن يكون
رأس المال دراهم أو دنانير عندهما أو فلوساً رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز ، وبه
قالت الأئمة الثلاثة ، ونص في الذخيرة أنه إجماع . وقال السفناقي في العروض لا تصلح
لرأس المال عندنا خلافاً للإمام مالك ، وكذا الكيلي والوزني خلافاً لابن أبي ليلى ، وقد
نظر فيه الكاكي بقوله وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند الإمام مالك تصح
المضاربة بالعروض ولم نجد في كتبهم ، بل ذكر فيها لا يصح بالعروض .

قلت قد ذكر في جواهر المالكية ما هو أبلغ منها وهو انه لا يجوز بالنقرة التي ليست

وقد تقدم بيانه من قبل . ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة « رح » لا يصح

مضاربة إذا كان التعامل بالمسكوك ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، ولا بالدرهم المغشوشة (وقد تقدم بيانه من قبل) أراد به باب الشركة .

(ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز) وجه ذكره تقريباً على مسألة القدوري ويعني بهذا ، وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعرض وأخرى ذكرها الخطاف في الحيل ، وقال قلت أرأيت رجلاً أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة وليس عنده إلا متاع كيف يصنع ، قال بيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيه ودفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه ، وفي مسألة الكتاب خلافاً للثلاثة فعندهم لا يجوز لجهالته (لأنه) عند المضاربة (يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة) يعني أنه مشتمل على التوكيل والإجارة بالراء المهمة أو بالزاي ، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء ، وصورة إضافة التوكيل إلى المستعمل بأن يقول وكلتك بأن تبيع عبيدي هذا غداً فإنه يصير وكيلاً غداً وبعده ، ولا يصير وكيلاً قبل الغد ، وصورة إضافة الإجارة أن يقول أجرتك داري غداً فإن الإجارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله .

(وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه يقبل الإضافة (بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة) بالاتفاق بين اصحابنا مع اختلاف التخريج ، أشار إليه بقوله (لأن عند أبي حنيفة لا يصح هذا التوكيل) وهو أنه لو وكله بشراء بما في ذمته لا يصح عنده (على ما مر

هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر فتصير مضاربة بالعرض . قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مساهة من الربح ، لأن شرط ذلك يقع الشركة بينهما ، ولا بد منها كما في عقد

في البيوع) أراد به بيوع الوكالة لا كتاب البيوع ، وفي بعض النسخ وقد مر في البيوع وذلك لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو حرام ، والذي ذكره في كتاب الوكالة في البيع والشراء في كتاب الوكالة هو قوله ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بهذا العبد ... إلى آخره .

(وعندهما يصح) أي هذا التوكيل ومع هذا لا تصح المضاربة ، أشار إليه بقوله (لكن يقع الملك في المشتري) بفتح الراء يقع (للأمر فتصير مضاربة بالعرض) فتصير فاسدة ، واستشكل على المسألة الأولى بما إذا قال أقبض جميع الألف التي لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المأمور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة فإنه لا يجوز وأجيب بأنه ثم للتعقيب مع التراخي وقد أخر الأمر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال ، فما لم يقبض جميع الألف لا يصح ، وإيضاً يكون مخالفاً بالعمل بالقبض قبل قبض الكل فلا يصح ، كما إذا قال لزوجته أقبضي جميع المال الذي على فلان وأنت طالق ، فقبضت البعض لم تطلق ولو قال أقبضي جميع المال الذي على فلان أنت طالق طلقت للحال للقبض إذا لم يرو الزوج وأو الحال .

(قال ومن شرطها) أي قال القدوري ومن شرط المضاربة (أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مساهة من الربح) وفي بعض النسخ لا يشترط لأحدهما دراهم مساهة (لأن شرط ذلك يقع الشركة بينهما) أي بين رب المال والمضارب ، لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر (ولا بد منها) أي من الشركة ، فإذا انتفت الشركة المشروطة لجوازها انتفت المضاربة ، لأن المنافي لشرط جواز الشيء منافي له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر (كما في عقد الشركة) حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك .

الشركة ، قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نماء ملكه ، وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف «رح» ، خلافاً لمحمد «رح» كما بينا في الشركة . ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل ،

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن شرط زيادة عشرة) هذا تفسير لما قبله ، أي إن شرط في العقد زيادة عشرة دراهم مثلاً على ما شرطاً (فله أجر مثله) أي فللعامل أجر مثله (لفساده) أي لفساد عقد المضاربة ، وهذا الاختلاف فيه . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عليه من أهل العلم على فساد المضاربة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة (فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة في الربح) الضمير في لعله يجوز أن يعود إلى المضارب ويجوز أن يعود إلى المال والأول أقرب (وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه ابتغى) أي لأن المضارب طلب يعني لرب المال بالعقد وابتغى به (عن منافعه عوضاً ولم ينل) أي العوض (لفساده) أي لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لأنه لرب المال ، أشار إليه بقوله (والربح لرب المال ، لأنه نماء ملكه) وإذا كان كذلك يفتى أجر المثل .

(وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف) فكان وجوده كعدمه . وقيل الثلث أو الربع المشروط في العقد (خلافاً لمحمد رحمه الله) فإن عنده يجب بالغاً ما بلغ وبه قالت الثلاثة (كما بينا في الشركة) أي كما بينا هذا الحكم مع الخلاف في كتاب الشركة ولم يبين في الشركة شيئاً إنما قال في الشركة الفاسدة فلمعين يعني في الاحتطاب ونحوه أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد ، وعند أبي يوسف لا تجاوز به نصفاً عن ذلك أي بيان في هذا (ويجب الأجر وإن لم يربح) أي المضارب (في رواية الأصل) أي المبسوط ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية (لأن أجر الاجير

لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد ، وعن
أبي يوسف « رح » انه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع
انها فوقها ، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً
بالصحيحة ، ولأنه عين مستأجرة في يده

يجب بتسليم المنافع) كما في الاجير الخاص ، فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه
(أو العمل) كما في الاجير المشترك (وقد وجد) أي المذكور عن تسليم المنافع والعمل .
(وعن أبي يوسف انه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها) قول
المضاربة الفاسدة في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح ، فإذا لم يجب في الصحيحة إذا
لم يربح ففي الفاسدة اولى بأن لا يجب . قال السفناقي فان قلت ما جواب وجه ظاهر
الرواية عن هذا التعليل ، فإنه قول بأن العقد صح الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من
جنسه كما في البيع الفاسد . قلت الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل
انعقاد الجائز كالبيع ، وما هنا المضاربة الصحيحة تنعقد شره الإجارة والفاسد تنعقد
إجارة فتعتبر بالإجارة في استحقاق الاجر عند إيفاء العمل ، انتهى .

قلت بل اعتبار فاسد المضاربة بصحيحها اولى من جعلها إجارة لأنها قد تراضيا أن
يكون للعامل جزء من الربح إن حصل ربح ، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال
أن يكون في ذمته شيء في مقابلة عمل العامل ، فإذا أوجبتم في ذمته شيئاً كان إيجاباً بغير
دليل وهدم الاصل الضعيف اولى من الغاء التعليل الصحيح .

(والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة) وبه قالت
الثلاثة . وفي المبسوط عن ابن سماعة عن محمد أنه يضمن المال (ولأنه عين مستأجرة في
يده) أو لأن المال عين مستأجرة في يد المضارب ، وفي بعض النسخ عين مستأجر أي عين
استوجد المضارب ليعمل به وهو لا غير فلا يضمن كالأجير الواحد ، وهذا التعليل يشير
إلى المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه لا يمكنه أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت
لآخر ، وهذا قول أبي جعفر الهندواني . وقيل المذكور هنا قول أبي حنيفة ، وعندهما

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب . قال ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه ، لأن المال أمانة في يده فلا بد

ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه ، وهذا قول الطحاوي ، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك وهو لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صفة عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لها ، قال الإمام الاسيحاوي في شرح الكافي ولا يصح انه لا ضمان على قول الكل

(وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده) أي يفسد عقد المضاربة كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها لانه جمل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار فصارت حصّة العمل مجهولة فلم يصح (لاختلال مقصوده) وهو الربح (وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أي بشروط التي لا تجب الجهالة في الربح (لا يفسدها) أي المضاربة (ويبطل الشرط) أي يبطل نفس ذلك الشرط ، وبه قالت الثلاثة ، وعن الشافعي وأحمد يفسد العقد (كاشتراط الوضعية) أي الجنسان ، وقيل الوضعية اسم لجزء هالك من المال (على المضارب) وفي الإيضاح والذخيرة عليها ، وفي التعقّة عليه أو عليها ، قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه ، بل يبطل المضاربة كما سيجيء فلم يكن القاعدة مطردة ، وأجيب بأنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة ، وسلب الشيء عن المعلوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعلوم ليس ببصير ، وقوله بعد هذا مخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، معناه عن تحقيقه فافهم .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه) أي بتصرف أو عمل (لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه)

من التسليم إليه ، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه ، أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود ، سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير ، لأن يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب . وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع

كالوديعة (وهذا بخلاف الشركة ، لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه) وبقائه لا يمنع الخلو (أما العمل في الشركة من الجانبين ، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة) لأنها انعقدت على العمل بينهما فمضى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلاً كذا في الإيضاح .

(وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف ، فلا يتحقق المقصود) ولا يعلم فيه خلاف ، ولكن ذكر في الذخيرة حكى عن الفقيه محمد بن إبراهيم الضرير أنه لو شرط رب المال لنفسه أن يتصرف بالمال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال متى بدا له جازت المضاربة ، وإنما لا يجوز شرط عمله رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملة ، لأنه حينئذ لا يصير المال مسلماً إلى المضارب (سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير) إذا دفع أبوه أو وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز (لأن يد المالك ثابت له) أي للصغير (وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب) كما في الكبير .

(وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل

المال مضاربة و شرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً ،
واشترط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم
يكن من أهل المضاربة فيه كالأذن ، بخلاف الأب والوصي
لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما ، فكذا
اشترطه عليهما بجزء من المال . قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز
للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق

صاحبه) فسدت المضاربة (لقيام الملك له) تعليل لقوله وكذا أحد المتفاوضين يعني يفسد
العقد إذا عقد أحد الشريكين و شرط عمل صاحبه لقيام الملك لصاحبه (وإن لم يكن
عاقداً) فيمنع وإن لم يكن صاحبة عاقداً ، فإذا كان كذلك فيمنع صحة الدفع مع قيام يد
المالك (واشترط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده) عقد المضاربة
(ان لم يكن من أهل المضاربة فيه) أى في المال (كالأذن) يدفع ماله مضاربة ويشترط
عمله على المضاربة يفسد العقد ، لأن يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه ينزل
منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة ، وهذا وليس
بقياس ، بل هو تنظير لما إذا كان العاقد غير مالك .

(بخلاف الأب والوصي) إذا دفعا مال الصغير مضاربة و شرط العمل بأنفسهما مع
المضارب بجزء من الربح فهو جائز (لأنها من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما ،
فكذا اشترطه) أي اشترط العمل (عليهما بجزء من المال) لأن كل مال يجوز أن يكون
الوصي مضارباً وحده جاز أن يكون مضارباً فيه مع غيره ، وهذا لأن تصرف الأب
أو الوصي واقع للصغير حكماً بطريق النيابة فصارا دفعه كدفع الصغير وكشرطه فتشترط
التخلى من قبل الصغير ، لأنه رب المال وقد تحققت .

(قال) أي القدوري (وإذا صحت المضاربة مطلقة) بأن لم تكن مقيدة بزمان
ومكان ، فإذا قال دفعتم اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فهذه مضاربة مطلقة ،
كذا في الذخيرة (جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق

العقد ، والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم . وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة ، ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه ، لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف « رح » أنه ليس له أن يسافر . وعنه عن أبي حنيفة « رح » أنه إن دفع في غير بلده ليس له أن يسافر به لأنه تعويض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب . والظاهر ما ذكر في الكتاب .

العقد والمقصود منه (أي من عقد المضاربة) الاسترباح ولا يتحصل (أي الاسترباح) إلا بالتجارة فينتظم العقد (أي العقد المطلق) صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم ، وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة (أي السفر والمفاعلة ليست على بابها كما في المسارعة إلى الخير .

(ألا ترى أن المودع له أن يسافر ، فالمضارب أولى) بأن يسافر فالمضارب أولى بأن يسافر (كيف وأن اللفظ دليل عليه) أي كيف لا يسافر والحال أن لفظ المضاربة دليل على السفر ، أي على جوازه (لأنها) أي لأن المضاربة (مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير ، وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر) قيل هذا إذا لم يقل له اعمل برأيك (وعنه) أي وعن أبي يوسف (عن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده) أي في بلد المضارب (ليس له أن يسافر به لأنه تعويض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده ، لأنه هو المراد في الغالب) إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع ، فلما أعطاه عالماً بغربته كان دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه (والظاهر) أي ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعاً (ما ذكر في الكتاب) أي القدوري

قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك
لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيب
عليه أو التفويض المطلق إليه ، وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك
أن يوكل غيره فيما وكله به إلا إذا قيل له اعمل برأيك ، بخلاف
الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه فيتضمنه . وبخلاف الإقراض
حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن

في مختصره وهو جواز المسافرة بمال المضاربة وإن لم يقل له اعمل برأيك وبه قال مالك .
(قال) أى القدوري في مختصره (ولا يضارب) أى المضارب (إلا أن يأذن له
رب المال أو يقول له اعمل برأيك ، لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما) أى لتساوى
الشئين متماثلين (في القوة فلا بد من التنصيب عليه أو التفويض المطلق إليه) التنصيب
بالإذن وليس يعلم فيه خلاف ، والتفويض المطلق بقوله اعمل برأيك . وعند الشافعي
وأحمد لا يجوز فيه أيضاً إلا بأذن ، وأورد على هذا المستعير والمكاتب والمستأجر فإنه
يجوز للمستعير أن يعير ، وللمستأجر أن يؤجر ، وللمكاتب أن يكتب ، وكذا العبد
المأذون له أن يأذن عبده ، وأجيب بأن الكلام في التصرف نيابة وهم لا يتصرفون بحكم
المالية ، لأن المستعير والمستأجر ملكا المنفعة ، والمكاتب صار حراً يداً ، والعبد المأذون
يتصرف بحكم المالكية الأصلية ، إذ الإذن بالتجارة فك الحجة ، وأما المضارب فإنه يعمل
بطريق النيابة ، لأن فيها معنى الوكالة والوكيل لا يوكل غيره فكذا هذا (وكان كالتوكيل)
أي وكان أمر المضاربة كامر التوكيل (فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به ، إلا
إذا قيل له اعمل برأيك) فكذا المضارب لا يملك أن يضارب إلا إذا قيل له
اعمل برأيك .

(بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه) أى لأن حكمها دون حكم المضاربة
(فيتضمنه) أى إذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع (وبخلاف
الإقراض حيث لا يملكه) أي المضارب لا يملك الإقراض (وإن قيل له اعمل برأيك لأن

المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح ، لأنه لا يجوز الزيادة عليه . أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بما له نفسه فيدخل تحت هذا القول . قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجوز له أن يتجاوزها لأنه توكيل ، وفي التخصيص فائدة فيتخصص .

المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه (أي من صنيع التجار (وهو) أي الإقراض (تبرع كالهبة والصدقة ، فلا يحصل به الغرض وهو الربح ، لأنه لا يجوز الزيادة عليه) أي على الإقراض عشرة ، فإنه لو أقرض عشرة ليستوفي أحد عشر لا يجوز ، فلما يحصل للربح به لا يكون من صنيع التجارة فلا يتناوله التعميم .

(أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بما له نفسه) يعني من صنيعهم وبه قال الثوري ومالك وأحمد والشافعي ليس له الشركة والخلط ، ولو فعل يضمن (فيدخل تحت هذا القول) وهو قوله اعمل برأيك والضمير في يدخل يرجع إلى الشركة والخلط على تأويل كل واحد منها .

(قال) أي القدوري (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجوز له أن يتجاوزها) كل واحد من البلد والسلعة بعينها ، وبه قال أحمد « رح » قال الشافعي ومالك « رح » إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما معهم وجوده لا تصح المضاربة ويحترز بقوله في بلد بعينه عن السوق بعينه فإنه لا يتقيد بذلك بالإجماع إلا إذا صرح بالتخصيص بالمنهي بأن قال لا يعمل في غير هذا السوق فحينئذ يتقيد (لأنه توكيل) أي لأن المضاربة توكيل ، والتذكير باعتبار عقد المضاربة أو حكمها (وفي التخصيص فائدة فيتخصص) والفائدة من وجوه ، أحدها صيانة ماله من خطر الطريق ، والثاني صيانة ماله عن خيانة المضارب فإنه لو عين عليه بلداً وقصد الحيانة لمنعه عنها . والثالث : أن الأسعار بحسب الغلاء والرخس يختلف باختلاف البلدان

وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال فإب خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن ، وكان ذلك له وله ربحه ، لأنه تصرف بغير أمره ، وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برىء من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ،

وكذا النقود فكان الشرط مقيداً . والرابع : أن المضارب ما دام في المصر لا يستحق المنفعة في مال المضارب وفي السفر يستحقها فيه .

(وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة) أى وكذا ليس للمضارب أن يدفع المال بضاعة ، أراد ليس له الإبضاع (إلى من يخرجها) أى البضاعة (من تلك البلدة) أى البلدة التي عينها رب المال (لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره) أى تفويض الإخراج إلى غيره .

(قال) أى في الجوامع الصغير (فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن) لأنه تصرف فيه بخلاف أمره ، فكان غاصباً ولم يرد من قوله فاشترى ضمن أن الضمان يترتب على الشراء ، لأن الضمان يجب عليه بمجرد الإخراج ، وإنما مراده استقرار الضمان على ما يحىء في الكتاب (وكان ذلك له) أى الذي اشتراه كان له (وله ربحه) أى كان له ربحه الذي حصل منه ولكن يتصدق به على قولهما . وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح فلا يلزمه التصديق (لأنه تصرف بغير أمره) أى لأن الإخراج أو الشراء يتصرف في ملك غيره بغير أمره فيصير غاصباً فلم يبق مضارباً .

(وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي) أى والحال أن الكوفة هي (التي عينها) أى رب المال (برىء) أى المضارب (من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك) أى المخالفة (ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) الضمير في

وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء ها هنا وهو رواية الجامع الصغير . وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج ، والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه . أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل

الموضعين يرجع إلى المضاربة ، والتذكير في الأولى باعتبار العهد ، وفي الثاني باعتبار المال .

فإن قيل قوله ورجع المال صح مضاربة يدل على أنها زائلة ، وإذا قال العقد لا يرجع إلا بالتحديد ، أجيب بأنه على رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج .

(وكذا إذا رد بعضه) أى كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه (واشترى ببعضه في المصر) أى والحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه (كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) أشار به إلى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق في الإيضاح ما اشترى ببعضه فهو له ، وما رد على المضاربة (ثم شرط الشراء ها هنا) أى شرط في الجامع الصغير في الضمان الشراء ، حيث قال فان خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن ، والضمير فى بها يرجع إلى المضاربة كذا المراد منه مال المضاربة . ثم فسر قوله ثم شرط الشراء بها هنا بقوله (وهو رواية الجامع الصغير) أي المذكور في شرط الشراء وهو رواية الجامع الصغير .

(وفي كتاب المضاربة) يعني من المبسوط (ضمنه بنفس الإخراج) أى ضمن المضارب بنفس الإخراج مال المضاربة سواء اشترى بها أو لا (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب) يعني لتقرر الوجوب لا لأصل وجوب الضمان . حاصله أن

وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لأنه صرح بالحجر والولاية إليه .

الضمان يجب بنفس الإخراج ولكنه على شرف الزوال ، فإذا اشترى به تقرر وتأكد ، أشار له بقوله لزوال احتمال الرد . وأما إذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضعية لتحقيق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة ، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ، قيل فيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها . قلنا الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً ولا ضرر عند الضمان .

(وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد) أشار بهذا إلى قوله وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه (لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) أي ولاية الحجر إليه ، أي إلى رب المال .

فإن قيل ينتقض هذا بما لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس ، حيث لو باعها بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت . الجواب عن هذا مبني على أصل وهو أن القيد المقيد من كل وجه يتبع وغير المقيد من كل وجه لغو ، والمقيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه ، فالأول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم ، والثاني كصورة النقص ، فإن البيع نقداً بثمن كان خيراً ، فكان التقييد مضراً . والثالث كالنهي عن السوق فإنه مقيد من وجه من حيث أن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقية وهو ظاهر ، وحكما فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظها في غيرها ، وقد تختلف الأسعار أيضاً

ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ،
وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له ، أو
قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل . أو قال خذه بالنصف
بالكوفة لأن الباء للإلصاق .

باختلاف أماكنه . وغير مقيد من وجه وهو أن المصراع تبين أطرافه جعل كمكان واحد
كما إذا اشترط الإثنان السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة ، فاعتبرناه حالة التصريح
بالنهي لولاية الحجر ، ولم يعتبر عند السكوت .

(ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا) لما قال فيما مضى وإن خص له رب
المال ... إلى آخره ، شرع هنا يبين معنى التخصيص ما هو وذكر ألفاظ تدل على التخصيص
والتقدير ، ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا ، أي بهذه الألفاظ والغرض
من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل ، ومجموع ذلك ثمانية ، ستة
منها تقييد التخصيص ، واثنان منها تعتبر مشورة . والضابط التمييز ما يفيد التخصيص
عما لا يفيد ، وهو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح
متعلق بما تقدم ، جعل متعلقاً به لئلا يلفو ، وإذا أعقب ما يصلح الابتداء لم يحمل متعلقاً
بما تقدم لانتهاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا ، يكون
تخصيصاً ، لأنه أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء ، وحيث لا يصح أن يبتدىء
بقوله على أن تعمل (أو في مكان كذا) لكونه مثلاً .

والثالث هو قوله (وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة) يجوز في اللام الجزم على أنه
جواب الأمر ، ويجوز الرفع على تفسير أنت تعمل به ، وكلام المصنف يحتمل الوجهين (لأنه تفسير
له) أي لأن قوله تعمل به في الكوفة بأن قال خذ هذا المال (أو قال فاعمل به في
الكوفة ، لأن الفاء للوصل) والتعقيب والمتصل المتعقب اليهم تفسيراً له والخامس هو
قوله (أو قال خذه بالنصف بالكوفة) بأن قال خذ هذا المال بالنصف بالكوفة (لأن
الباء للإلصاق) فتقتضى إلصاق موجب كلاماً وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة ، وهو
أن يكون الثمن فيها .

أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف . فيصير بمنزلة المشورة . ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد ، لأنه مقيداً لزيادة الثقة به في المعاملة ،

السادس لم يذكره المصنف ، وهو أن يقول خذه بالنصف لتعمل به في الكوفة ، وجعل الكاكي النوع الثالث على قسمين باعتبار الجزم والرفع ، ولم يذكر قوله على أن تعمل كذا . وجعل صاحب العناية هذا قسماً واحداً ، وجعل السادس ما ذكرناه . والصواب أن الذي ذكره المصنف ستة وهي أن تعمل كذا وفي مكان كذا ، أو أخذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع وتعمل به بالجزم أو فاعل في الكوفة ، وبقي لفظاً بعد مشورة ولا بعد شرط أحدهما أن يقول دفعت اليك هذا الألف مضاربة بالنصف إعمل بها في الكوفة .

والثاني أن يقول واعمل بها بالكوفة بالواو ، أشار إليه بقوله (أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف) والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاماً مبتدأ (فيصير بمنزلة المشورة) كأنه قال إن فعلت كذا كان أنفع . والمشورة بفتح الميم وضم الشين وهو استخراج رأى على غالب الظن .

فإن قيل فلم تجعل واو الحال كما في قوله أد إلى الفاء وانت حر . أجيب بعدم صلاحية ذلك هاهنا ، لأن العمل أن يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ . قلت لم لا يجوز أن يكون حالاً منتظرة كما في قوله تعالى ﴿ علقين رؤوسكم ﴾ ذكر تفريعاً على ما تقدم .

(ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد) ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم ، يعني لو قال رب المال خذه مضاربة على أن تشتري إلى آخره (لأنه) أي لأن تقييده (مقيداً لزيادة الثقة به) أي بفلان (في المعاملة) لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومسافة في الحساب ، وفي التنزه عن الشبهات ، وبقولنا قال أحمد . وقال

بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع مالا في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لأن فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك . قال وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه ، لأنه كوكيل فيتوقت بما وقته ،

الشافعي ومالك « رح » لا يصح هذا التقييد فلا تصح المضاربة ولنا ما ذكرنا .
 (بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها) أي المضاربة ، وأراد بها مال المضاربة (من أهل الكوفة أو دفع مالا في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها) أي من غير أهل الكوفة (أو من غير الصيارفة جاز) في الوجهين جميعاً (لأن فائدة الأول) وهو قوله على أن تشتري بها من أهل الكوفة (التقييد بالمكان) وهو الكوفة (وفائدة الثاني) وهو قوله على أن تشتري من الصيارفة (التقييد بالنوع) وهو بيع الصرف (هذا هو المراد عرفاً) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال في هذا عدول عن ظاهر اللفظ ، فإن ظاهره يقتضى شراءه من كوفي لا من غيره ، سواء كان في الكوفة أو في غيرها .

وتقدير الجواب أن مقتضى اللفظ قد يترك به بدلالة العرف ، والعرف في ذلك والمنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله ، وقد حصل . ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بنية مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به فرع الصرف وقد حصل (لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الأول والنوع في الثاني .

(قال) أي القدوري (وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه) يعني أن التوقيت بالزمان مقيد ، فكان كالتقييد بالنوع والمكان (لأنه) أي لأن عقد المضاربة (كوكيل فيتوقف بما وقته) كالوكالة الموقنة ، وبه قال أحمد في ظاهر روايته . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا يصح توقيته ، لأنه يؤدي إلى ضرر بالعامل .

والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان .
قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو
غيرها ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك بالتصرف مرة بعد
أخرى ولا يتحقق فيه بعته ، ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء
ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد
لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه

وقال بعض اصحاب الشافعي إن شرط المدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح وإنه شرط
على أن لا يشتري بعدها صح . ولنا ما ذكره بقوله (والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد
بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع) نحو الطعام (والمكان) نحو الكوفة .

(قال) أى القدوري (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة)
مثل ابنه وابنه (أو غيرها) أى أو غير قراءة ، يعني يعتق عليه ، ولكن قراءة بل
لوجه آخر ، نحو المحلوف بعته ، وبه قال أكثر الفقهاء إذا كان بغير إذن رب المال وإذا
كان بإذنه يصح وتنفع المضاربة (لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك) أى تحصيل
الربح (بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق) أى التصرف مرة بعد أخرى (فيه) أى
في شراء من يعتق عليه (لعته) أى لعته من يعتق عليه بالشراء فلا يبقى التصرف بعد
ذلك ، وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً
إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً ، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار
التصرف ليس بمقصود في الوكالة ، حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشترى عبداً
أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً (ولهذا) أى ولكون هذا العقد وضع لتحصيل
الربح (لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة) لانتفاء
التصرف فيه لتحصيل الربح .

(بخلاف البيع الفاسد) يعني يدخل في المضاربة البيع الفاسد ، لأن المبيع يملك
بالقبض فيدخل (لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه) أى لأن المضارب يمكنه بيع المبيع في

فيتحقق المقصود . قال ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ،
لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء
إذا خالف . قال فإذا كان في المال ربح لم يجوز له أن يشتري من يعتق
عليه ، لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على
الاختلاف المعروف ، فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود .

البيع الفاسد به قبضه إياه ، فلا يكون مخالفاً بالبيع الفاسد (فيتحقق المقصود) وهو
تحصيل الربح ، وعند الثلاثة يصير مخالفاً بالبيع الفاسد كما في البيع الباطل .

(قال) أي القدوري « رح » (ولو فعل) أي ولو اشترى المضارب من يعتق على رب
المال (صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ
عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف) قيد بقوله متى وجد نفاذاً احترازاً عن الصبي والمجورين
فإن شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى وإن كان نقد الثمن من مال المضاربة بتخيير
رب المال أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب
مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه . وقال مالك إن كان العامل عالماً موسراً
بيع منه بقدر رأس المال ، وإن كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل ، وعلى
هذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته فيه .

(قال) أي القدوري (فإن كان في المال ربح لم يجوز له) أي للمضارب (أن يشتري
من يعتق عليه) أي على المضارب (لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال)
لاتقاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه (أو يعتق) أي العبد كله عندهما ، أشار
إلى هذا بقوله (على الاختلاف المعروف) وهو أن الإعتاق يتجزأ عندنا خلافاً لهما (فيمتنع
التصرف ، فلا يحصل المقصود) وهو الاسترباح وبقولنا قال الشافعي « رح » في قول ،
وفي قول يصح ولا يعتق ، لأنه لا يملك الربح بمجرد الظهور على تملكه بالقسمة ، وبه
قال أحمد في رواية واحد في وجه وإن لم يكن في المال ربح يصح بمثل وبالإجماع .

وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة ، لأنه يصير مشترياً للعبد فيضمن
 بالنقد من مال المضاربة . وإن لم يكن في المال ربح جاز أن
 يشترهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ،
 فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم للملكه بعض قريبه .
 ولم يضمن لرب المال شيئاً ، لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة
 ولا في ملكه الزيادة ، لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم ،
 فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه
 احتسبت ماله

(وإن اشتراهم) أى وإن اشترى المضارب من يعتق عليه (ضمن مال المضاربة ، لأنه
 يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن
 أن يشترهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه) يعني لا شركة
 للمضارب في المال حتى يعتق عليه من يشتره ، أى على المضارب .
 (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) أى نصيب المضارب من
 الذي اشتراهم ممن يعتق عليه ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك في رواية وأحمد في رواية
 (للملكه) أى للملك المضارب (بعض قريبه) ولم يضمن لرب المال شيئاً ، لأنه لا صنع
 من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة) وهو نصيبه من الربح ،

(لأن هذا) إشارة إلى ما ذكر من زيادة القيمة ومن ملك الزيادة (شيء يثبت من
 طريق الحكم) يعني لا اختيار له فيه . وعند الشافعي وأحمد في وجه ومالك في رواية
 يضمن إن كان موسراً (فصار كما إذا ورثه مع غيره) كأمراة اشترت ابن زوجها فماتت
 وتركت زوجاً وأخاً أعتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئاً لأخيها (ويسعى العبد في قيمة
 نصيبه) أي نصيب رب المال ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد ومالك « رح »
 إن كان المضارب معسراً (منه) أي من العبد (لأنه احتسبت ماله) أي مالية العبد

عنده فيسعى فيه ، كما في الوراثة . قال فإن كان مع المضارب ألف
بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد
يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخسمائة والمدعي
موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ،
وإن شاء أعتق . ووجه

(عنده) أي عند العبد (فيسعى فيه) أي فيسعى العبد في نصيب رب المال (كما في
الوراثة) كأن ورث جماعة عبداً يعتقد أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب الباقيين
لاحتباس المالية عنه .

(قال فإن كان مع المضارب الف بالنصف) ذكره تفريعاً ، وهو من مسائل الجامع
الصغير ، فلذلك ذكره بالفاء ، إن كان مع المضارب الف درهم مناصفة (فاشترى بها
جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً
وخسمائة والمدعي موسر) أي والحال أن المدعي للولد وهو المضارب موسر . قيد بقوله
لنفي الشبهة وهو أن الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان إعتاق في حق المولى وضمان
الإعتاق يختلف باليسار والإعسار ، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسراً
مع ذلك لا يضمن .

وفي مغني الحنابلة إن ظهر ربح في المال يصح دعوة وتصير الجارية أم ولد له ويعتق
الولد بالقيمة وإن لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق لأنه علقته منه في غير ملك ولا
شبهة ملك ، وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطء في رواية إن ظهر ربح قبل العلوق . وقيد
بقوله ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخسمائة لأنه إذا لم تزد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة
لأنه لا يملك واحداً من الولد والأم ، لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفي الحد لاحتمال
تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلاً ، ويضمن العقد
وله أن يبيع الأم والولد لأنها مال المضاربة .

(فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق ووجه

ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم
ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد منهما
أعني الأم والولد مستحق برأس المال كما في المضاربة إذا صار أعياناً
كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح ، كذا هذا . فإذا
زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح ونفذت

ذلك (أي الحكم المذكور) أن الدعوة صحيحة في الظاهر (بصورها من أهلها في محلها
(حملاً على فراش النكاح) بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلق منه (لكنه)
أى لكن الادعاء بالولد (لم ينفذ) أى في حق المعتقد (لفقد شرطه وهو الملك) أو شبهة
في الولد (لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال)
لأنه يحتمل لأن يملك أحدهما فيتين الآخر لرأس المال فلا يظهر الربح (كما في المضاربة
إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال) كما لو اشترى برأس المال عبيد كل واحد
منها يساوي ألفاً فإنه (لا يظهر الربح) عندئذ خلافاً لغير (كذا هذا) أى ما نحن فيه
فإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك ، وبدون الملك لا يثبت الاستيلاء .

واعترض بوجهين ، أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى
كذلك وتمين أن يكون الولد كله ربحاً . والثاني أن المضارب إذا اشترى بألف مضاربة
فرسين كل واحد منها يساوي ألفاً كان له ربحهما ، حق لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح .
أجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال ، فإن رأس المال هو
الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى لذلك من الآخر
فاستقلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة والفرسان جنس
واحد فيقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرنا جملة حصل البعض ربحاً ، بخلاف العبد ، فإنها
يقسمان جملة واحدة ، بل كل واحد يكون بيعهما على حياله لكون الرقيق أجناساً مختلفة
عند أبي حنيفة قولاً واحداً ، وعنده أيضاً في رواية كتاب المضاربة .

(فإذا زادت قيمة الغلام الآن) أى على مقدار رأس المال (ظهر الربح ونفذت

الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ، ثم إذا زادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق ، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا اخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك ، كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، فإذا صححت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد ، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ،

الدعوة السابقة) لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح ، فثبت النسب منه ، ولكن لم ينفذ الوجود المانع وهو عدم الملك ، فإذا زال المانع صار نافداً .

(بخلاف ما إذا أعتق) أي المضارب (الولد ثم ازدادت القيمة) أي قيمة الولد فلا يعتق (لأن ذلك إنشاء العتق) فلم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً (فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا) أي إدعاء النسب (اخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه) فانه يعتق عليه (فإذا صححت الدعوة وثبت النسب عتق الولد) أي عندهما (لقيام ملكه في بعضه ، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد) موسراً كان أو معسراً . وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ومالك يضمن له حصته ، إن كان موسراً لوجود الصنع منه دعوة النسبة فيضمن إذا ملكه .

ولنا ما ذكره من قوله (لأن عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما) يعني وجوداً (فيضاف) أي الحكم (إليه) أي إلى الملك ، لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يصادف آخرهما وجوداً ، أصله مسألة السفينة والقدح المسكر ، ودليله ما روى عن أبي بكر رضي الله عنه أن رجلاً أقر بين يديه بالزيادة ثلاثاً ، فقال إياك والرابعة فانها الموجبة (ولا صنع له) أي المضارب (فيه) أي في ثبوت الملك ، لأنه شاركه بازدياد

وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد . وله أن يستسعى
الغلام ، لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق ، لان المستسعى
كال مكاتب عند أبي حنيفة «رح» ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين
لان الألف مستحق برأس المال ، والخمسمائة ربح ، والربح بينهما ،
فلهذا يسعى له في هذا المقدار . ثم إذا قبض رب المال الألف له أن
يضمن المدعي نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ ما استحق
برأس المال لكونه مقدماً في الإستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح
فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة

القيمة ، ولا صنع له فيه ، فلا يكون متعدياً (وهذا ضمان اعتاق ، فلا بد من التعدي
ولم يوجد) وإذا انتفى الضمان يبقى أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق ، أشار
اليه بقوله (وله) أي لرب المال (أن يستسعي الغلام ، لأنه احتبست المالية عنده وله
أن يعتق ، لأن المستسعى كال مكاتب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، ويستسعيه في ألف
ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال ، والخمسمائة ربح ، والربح بينهما ، فلهذا
يسعى له) أي لرب المال (في هذا المقدار) يعني في ألف ومائتين وخمسين .

فان قيل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربها ، قيل لأن ما يجب على الولد
بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك ، فكان تعيين الألف من السعاية
لرأس المال انست للنجانس ، وهذا السؤال والجواب ذكرهما في الكافي . وقال صاحب
العناية وفيه نظر لأننا جعلنا الجارية رأس المائه وقد عتقت بالاستيلاء وحببت قيمتها على
المضارب وهي من جنس رأس المال . قلت الولد زاحمها فترجع بسبب ظهور المريح من جهته .
(ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي) وهو المضارب (نصف قيمة
الأم ، لأن الألف المأخوذ) أي من الولد (ما استحق برأس المال لكونه مقدماً في
الاستيفاء) على الربح (ظهر ان الجارية كلها ربح ، فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة

صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد
المملك ، فإذا ظهر المملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد
له ويضمن نصيب رب المال ، لأن هذا ضمان تملك وضمن التملك
لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو
وغيره ووراثه يضمن نصيب شريكه ، كذا هذا ، بخلاف ضمان
الولد على ما مر .

صحيحة) من المضارب (لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد المملك ، فإذا
ظهر المملك نفذت تلك الدعوة (السابقة (وصارت الجارية أم ولد له ، ويضمن نصيب
رب المال ، لأن هذا ضمان تملك ، وضمان التملك لا يستدعي صنعا) بل يعتمد المملك وقد
حصل (كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ووراثه (أى من جهة الوراثة
فإنه (يضمن نصيب شريكه) كالأخ تزوج جارية أخيه فمات الزوج وترك الجارية ميراثا
بين الزوج وأخ آخر فإن الزوج ملكها بغير صنعه ، فيضمن نصيب شريكه (كذا هذا)
أى ما نحن فيه .

(بخلاف ضمان الولد) فإنه ضمان إعتاق ، وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق
بدون صنعه (على ما مر) إشارة إلى قوله لأن عتقه بالسبب والمملك ، والمملك آخرهما
ولا صنع له فيه ، والله أعلم .

★ ★ ★

باب المضارب يضارب

قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال ، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » .
وقالا إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية .
وقال زفر « رح » يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا

(باب المضارب يضارب)

أي هذا باب في بيان أحكام المضارب حال كونه يضارب . وقد علم أن المضارع المثلث إذا وقع حالاً يكتفى فيه بالضميم .

(قال) أي القدوري (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن) والحال أنه لم يأذن (له رب المال لم يضمن بالدفع) أي بمجرد الدفع . وقال زفر « رح » والثلاثة يضمن بمجرد الدفع وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه يصير مخالفاً على ما يجيء الآن (ولا بتصرف المضارب الثاني) أي ولا يضمن أيضاً بتصرف المضارب الثاني (حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول) أي فإذا ربح المضارب الثاني ضمن المضارب الأول (لرب المال ، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر « رح » يضمن بالدفع) أي بمجرد الدفع (عمل) أي الثاني (أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لأن المملوك له) أي للمضارب ، أراد أن الذي يملكه المضارب هو (الدفع على وجه الإيداع ، وهذا

الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة «رح» أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبطاع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ،

الدفع على وجه المضاربة (فصار مخالفاً فيضمن .
(ولهما أن الدفع إيداع حقيقة) لأنه أمانة فلا تغليك وله ولاية الإيداع (وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى) أي موقوفاً (قبله) أى قبل العمل إن عمل ضمن وإلا فلا .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبطاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما) أي بالإيداع والإبطاع (إلا أنه) أي أن المضارب الثاني (إذا ربح فقد ثبت له) أي فقد اثبت المضارب الأول لرب المال (شركة في المال فيضمن) لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان (كما لو خلطه بغيره) مال المضاربة بغير مالها (وهذا) أي وجوب الضمان على الأول أو عليها بالربح والعمل على ما ذكرنا (إذا كانت المضاربة صحيحة) أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بها المضاربة الأولى والثانية أو كليهما ليتناول كلا منهما ، فان الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كليتهما جميعاً لم يضمن الأول ، لأن الثاني أجبر فيه وله أجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا ، وكذا إذا كانت الأولى فاسدة والثانية جائزة ، وإنما يجب الضمان عليها إذا كانت المضاربتان جائزتين .

فإن قيل إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية ، لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم ، أجيب بأن المراد جواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط الثاني من الربح مقدار ما يحوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط

فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لانه أجبر فيه ، وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ، ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع . وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور ، وهذا عندهما ظاهر ، وكذا عنده . ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول ، فلا يكون ضامناً ، أما المضارب

لأول نصف الربح ومائة مثلاً وللثاني نصفه .

(فإن كانت) أي المضاربة (فاسدة لا يضمنه الأول) أي المضارب الأول (وإن عمل الثاني) أي المضارب الثاني (لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به) أي الشركة الموجبة للضمان للعمل (ثم ذكر في الكتاب) أي مختصر القديري (يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع) فإن مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة « رح » ، خلافاً لها .

(وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع) أي بإجماع اصحابنا لحصول التعدي منها من الأول دفع مال الغير ، ومن الثاني الأخذ (وهو المشهور) يعني هذا القول هو المشهور من المذهب (وهذا عندهما ظاهر) لأنها يضمنان مودع المودع (وكذا عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » على قول من يقول انه يضمن عقده ايضاً ، ولكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع ، أشار إليه بقوله (ووجه الفرق له) أي لا يضمن حنيفة (بين هذه) أي المسألة التي نحن فيها (وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول) لا لنفسه (فلا يكون ضامناً ، أما المضارب

الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً ، ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهما على ما شرطاً ، لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على وجه الذي رضي به ، فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجوع على الأول بالعقد ، لأنه عامل له كما في المودع ،

الثاني يعمل فيه لنفع نفسه (يعني لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً ثم إن ضمن) أي رب المال (الأول) أي المضارب الأول (صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهما على ما شرطاً ، لأنه ظهر أنه ملكه) أي لأن المضارب الأول ملك مال المضاربة (بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به) أي رب المال ، فإنه لم يرض بدفع المال إلى غيره (فصار كما إذا دفع مال نفسه) فصحت المضاربة .

(وإن ضمن الثاني) أي وإن ضمن رب المال المضارب الثاني (رجوع على الأول بالعقد) أي بسببه ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » في رواية إن لم يعلم بحال المضارب الأول ، وإن علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة . وفي بعض النسخ موضع بالعقد بالمعقود ، أي بالضمان ، لأنه التزم له سلامة المقبوض .

فان قيل ينبغي أن يفسد الدفع إلى الثاني لأنه في ضمن المضاربة الأولى فيفسد بفساده قلت الدفع أمر حسي والاقتضاء لا يثبت في الحسي ، وإنما هذا في أمر شرعي .

(لأنه) أي المضارب الثاني (عامل له) أي للأول (فيه) أي في ذلك العمل . قيل في كلامه تناقض ، لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وما هنا قال لأنه عامل للمضارب الأول ، والجواب أن الجهة مختلفة ، لأن الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح ، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع ، وعمل المودع وهو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لعدم اتحاد الجهة (كما في المودع) يعني كما في المودع الفاصب إذا ضمن

ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد . وتصبح المضاربة والربح بينهما على ما شرطاً ، لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداءً ويطيّب الربح الثاني ، ولا يطيب للأعلى ، لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خيب في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان فلا يعرى عن نوع خيب . قال وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف

يرجع على الفاصب بما ضمن (ولأنه) أي الثاني (مغرور من جهته) أي من جهة الأول فإنه قد غره . وفي بعض النسخ معذور بالذال من العذر (في ضمن العقد) أي العقد الذي بين الاول والثاني ، لأنه اعتمدوا الاول غرر .

(وتصبح المضاربة والربح بينهما على ما شرطاً) أي بين المضاربين وقال الشافعي وأحمد الربح للمالك ولا شيء للمضارب الاول والثاني أجر مثله على الروايتين . وقال مالك إن اتفق الخبران فالربح بين المال والعامل الثاني ولا شيء للأول ، وإن اختلفا وكان الاول أكثر فالزائد للمالك ، وإن كان العقد أقل فرب المال شرطه ويرجع الثاني على العامل الاول . وقيل للعامل حصة كاملة ويرجع المالك على الاول بباقي حصته (لان قرار الضمان على الاول) يثبت الملك له . وقوله على الاول خبر إن (فكأنه) أي فكأن رب المال (ضمنه ابتداءً) أي في ابتداء الامر (ويطيّب الربح الثاني) أي للمضارب الثاني (ولا يطيب) أي الربح (للأعلى) وهو المضارب الاول (لان الاسفل) وهو المضارب الثاني (يستحقه بعمله ولا خيب في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان) لانه يستحقه برأس المال والملك في رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً (فلا يعرى عن نوع خيب) لان الملك الحاصل بأداء الضمان مستنداً ثابت من وجه دون وجه فإذا كان كذلك فسيبيله التصديق .

(قال) أي القدوري (فإذا دفع اليه) أي إلى المضارب (رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني) أي المضارب الثاني

وربح ، فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان ، فرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث ، وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني ، فيكون له ، فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك ، لأن فعل الثاني واقع للأول ، كمن استأجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم . وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان

(وربح فإن كان رب المال قال له) أى للمضارب الاول (على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس ، لأن الدفع إلى الثاني مضاربة) أى لأن دفع الاول إلى الثاني حال كون الدفع مضاربة (قد صح لوجود الامر به) أى بالدفع (من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق ، فلم يبق للأول) أى للمضارب المال (إلا النصف) بمقتضى الشرط (فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك) أى من نصيبه (بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك) أى يطيب للمضارب الاول السدس والثاني الثلث والاول وإن لم يعمل بنفسه فقد باشر المقدين . ألا ترى أنه لو وضع المال مع غيره أو بعضه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً وإن لم يعمل بنفسه .

وعلل المصنف بقوله (لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استأجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه) أى استأجر غيره عليه على عمل الخياطة (بنصف درهم) فإن النصف الآخر يطيب للمستأجر ، استأجر ، لأن العمل وقع له ، فكذا (وإن كان قال له) أى وإن كان رب المال قال للمضارب (على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان) يعني قال ذلك

فالمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول ، وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا . ولو كان قال له فما رجحت من شيء فيبني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما . ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى في نصفه ، أو قال له فما كان من فضل

بكاف الخطاب ، وكذا الحكم لو قال ما رجحت في هذا من شيء ، أو قال على أن ما كسبت فيه من كسب أو قال على أن ما رزقت من شيء وقال على أن ما صار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان ، أو قال اعمل فيه برأيك (فله المضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما) أي الثلثان بين رب المال والمضارب الأول ، لأنه شرط نصف ما يحصل وما شرط نصف الجميع (بخلاف الأول) أي الوجه الأول (لأنه) أي لأن رب المال (جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا) أي الحكمان .

(ولو كان قال له فما رجحت من شيء فيبني وبينك نصفان) هذا من مسائل الجامع الصغير ، وقوله نصفين نصب على الحال ، وكذا الواو للحال في قوله (وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه ، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما) أي بين الأول ورب المال . (ولو كان قال له على أن ما رزق الله في نصفه ، أو قال له فما كان من فضل فيبني

فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فارب المال
 النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول ، لأنه
 جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف
 الثاني إلى جميع نصيبه ، فيكون الثاني بالشرط ويخرج الأول
 بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه
 بمثله . وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فارب المال النصف
 وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس
 الربح في ماله ، لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم
 ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة
 لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فبيلزمه
 الوفاء به ، ولأنه غره

وبينك نصفان وقد دفع (أي والحال أن الأول قد دفع المال) إلى آخر مضاربة بالنصف
 فارب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول ، لأنه جعل
 لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف الثاني إلى جميع نصيبه فيكون
 للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء) لأنه جعل ما كان للثاني (كمن استؤجر) أي رجلاً
 ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر (أي المستأجر بفتح الجيم) غيره ليخيط بمثله (أي بدرهم ،
 فإنه لا يبقى له شيء .

(وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فارب المال النصف وللمضارب الثاني النصف
 ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) هذا لفظ القدوري في مختصره
 (لأنه) أي لأن المضارب الأول (شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في
 حقه لما فيه من الإبطال) أي إبطال حق رب المال (لكن التسمية في نفسها صحيحة
 لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له) أي وقد ضمن المضارب الأول للثاني
 (السلامة فبيلزمه الوفاء به) أي بما ضمنه (ولأنه غره) أي ولأن المضارب الأول غر الثاني

في ضمن العقد وهو سبب الرجوع ، فلهذا يرجع عليه ، وهو نظير
من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

فصل

قال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال
ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز

(في ضمن العقد) حيث شرط له النصف (وهو) أي الغرور في ضمن العقد (سبب
الرجوع فلهذا يرجع عليه) أي فلأجل ذلك يرجع عليه قيد الغرور في ضمن العقد ، لأن
الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجباً للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق
آمن فاسلكها وهو ليس بآمن فاسلكها فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه
(وهو) أي الحكم المذكور في الضمان (نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه) أي
المستأجر بفتح الجيم (إلى من يخيطه بدرهم ونصف) فإنه يقوم النصف من عنده ، لأنه
غره بالتسمية ، فكذا هذا .

(فصل)

الفصل منها فصل لا ينون ومها وصل ينون لان الإعراب يكون بعد التركيب
والتقدير هذا فصل في حكم كذا وكذا ، ولما كان فيه حكم يغير ما سبق فضله لذلك .
(قال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح) هذا
من مسائل الجامع الصغير ، أي وشرط أيضاً لعبد رب المال ثلث الربح (على أن يعمل
معه) أي مع المضارب وكلمة على يحىء للشرط كما في قوله تعالى ﴿ يبايعنك على أن
لا يشركن بالله ﴾ ١٢ المتخنة (ولنفسه ثلث الربح) أي وشرط لنفس المضارب ثلث
الربح (فهو جائز) أي هذا الحكم وهذا العقد جائز ، وذلك لان اشتراط العمل عليه
لا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة ، لان للعبد يدأ معتبرة ، ولهذا لم يكن للمولى
استرداد وديعة العبد من يد المودع ، وإذا جازت المضاربة ، كان نصيب العبد من الربح

لأن للعبد بدأ معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له ، واشتراط العمل إذن له ،

للمولى إن لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فغرماؤه أحق بذلك كسائر أكشابه ، بخلاف شرط العمل على رب المال ، فإنه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة وقوله لعبد رب المال ليس بقيد لأن حكم عبد المضارب كذلك ، وكذا لو شرط لاجني وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له .

وفي الذخيرة إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المال فهو على وجه الأول إذا شرط ذلك لاجني ، وفي هذا الوجه إن شرط عمل الاجني فالمضاربة جائزة والشرط باطل وتجعل المشروط للاجني كالمسكوت عنه ، فيكون لرب المال .

الثاني : إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال ، قال شرط على العبد مع ذلك فالشرط جائز والمضاربة جائزة وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال وإن كان على العبد دين فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ، ويكون المشروط كالمسكوت عليه ، فيكون لرب المال ، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ، وإن كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف .

والوجه الثالث : إذا شرط بعض الربح لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له نحو الابن والمرأة والمكاتب ومن أشبههم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لاجني .

والوجه الرابع : إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال فهو جائز ، ويكون المشروط للمشروط له فقضى دينه به ، وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض اصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد ، وفي غيره لا خلاف . وعند أكثر أصحاب الشافعي يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا ، وهو قول مالك وظاهر قول أحمد .

(لأن للعبد بدأ معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له) فيتحقق

ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ، ولهذا يجوز بيع المولى عبده المأذون ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر . وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فهو للغرماء .

خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فصح ، سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر (ولهذا) أي ولكن يد العبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه) أراد لا يجوز استرداد ما أودعه العبد من يد المودع (ولهذا) أي ولعدم ولاية الاخذ للمولى من مودعه (يجوز بيع المولى من عبده المأذون) يعني إذا كان مديوناً وهذا بالإجماع ، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلائن المولى من عبده المأذون اجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، وأما عندهما فلائن جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت على ما يحيي في المأذون إن شاء الله تعالى .

(وإذا كان كذلك) يعني إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منه إذا كان مأذوناً له مديوناً (لم يكن) أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه (مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه) أي لأن الاشتراط على رب المال (مانع من التسليم) والتخلية إذا كان مانعاً فقد بطل (على ما مر) أي عند قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لانه يمنع خلوص يد المضارب (وإذا صحت المضاربة) المذكورة (يكون الثلث) أي ثلث الربح (للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين) لأن العبد وما في يده لمولاه .

(وإن كان عليه دين) أي على العبد (فهو للغرماء) لأن المولى لا يملك إكساب عبد

هذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين ، لأن هذا اشتراط العمل على المالك ، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف .

فصل في العزل والقسمة

قال وإذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة ، لأنه توكيل على ما تقدم ،

المديون (هذا) أي الذي ذكرناه من الحكم (إذا كان العاقد هو المولى . ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين ، لأن هذا) الشرط (اشتراط العمل على المالك) واشتراط العمل على المالك يفسد المضاربة على ما مر (وإن كان على العبد) أي العبد المأذون له المذكور (دين صح) أي اشتراط العمل على المولى (عند أبي حنيفة ، لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده) أي عند أبي حنيفة (على ما عرف) أي في كتاب المأذون ، وعندهما لا يصح هذا ، فحينئذ الاشتراط على المولى يفسد ، وبه قالت الاثثة الثلاثة .

(فصل في العزل والقسمة)

في بيان أحكام العزل - أي عزل المضارب - وفيه بيان أحكام القسمة ، أي قسمة المضارب قاله السفناقي ، والاولى أن يقال قسمة الربح على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري (وإذا مات رب المال والمضارب) أي أو مات المضارب (بطلت المضاربة لأنه) أي لأن المضاربة وتذكير الضمير إما باعتبار العقد وإما باعتبار المذكور . ولو قال لأنها كان أولى (توكيل) أراد أن مبناها على الوكالة ، لأن المضاربة عقد على الشركة بإحدى الجانبين والعمل من الآخر ، فإذا كان مبناها على الوكالة تبطل بموتها أو موت أحدهما كما في الوكالة (على ما تقدم) في قوله في أول الباب وهو

وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة
وقد مر من قبل . وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله
ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ، لان الحقوق

وكيل فيه ، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة (وموت الموكل يبطل الوكالة) لأن الوكالة عقد
جائز غير لازم ، فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الأمر في كل ساعة (وكذا) أى
تبطل الوكالة (موت الوكيل) لقيامها به ولا نعلم فيه خلافاً (ولا تورث الوكالة) لأنها
غير لازمة كما ذكرنا فلا ينتقل إلى ورثته (وقد مر) أى حكم بطلان الوكالة بموتها أو موت
أحدهما (من قبل) أى من قبل هذا الباب ، وأراد به باب عزل الوكيل في كتاب الوكالة .
ثم اعلم أن كون المضارب كالوكيل ليس بكلي بل يفترقان في مسائل منها أن الوكيل
إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لو هلك ما أخذه ثانياً لا يرجع
به مرة بعد أخرى . وأما المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل
الثمن إلى البائع ، وجه الافتراق أن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه على البائع ، وله على
الموكل بعد الشراء صار مقضياً ما استوجبه ديناً عليه وصار مضموناً عليه بالقبض ، فإذا
هلك في ضمانه فلا يرجع ثانياً ، وأما المضارب إذا رجع على المال فما يقبضه يكون امانة في
يده ، فإذا هلك كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى ، ولكن لو نظرنا
إلى كون المال امانة في أيديهما كان حكمهما واحداً من هذا الوجه . ومنها أن رب المال
لو ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً فالمضاربة بخلاف الوكيل على ما يحىء عن قريب .
ومنها أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزله رب المال عن المضاربة لا يعمل
عزله وإن علم به بخلاف الوكيل على ما يحىء .

(وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة)
إذا لم يعد مسلماً . أما إذا عاد مسلماً جاز جميع ما فعل من البيع والشراء فكان عقد
المضاربة على ما كان ، بخلاف الوكالة حيث لا تعود يعود الموكل مسلماً لخروج محل
التصرف عن ملكه وفي المضاربة لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة (لأن

بمنزلة الموت . ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته . وقيل لحوقه يتوقف
تصرف مضاربه عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه يتصرف له فصار
كتصرفه بنفسه . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها ،
لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة .
قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله

اللعوق (بدار الحرب) بمنزلة الموت (حكما) (ألا ترى) توضيح لكون اللعوق كالموت
(انه) (أى الشأن) (يقسم ماله بين ورثته) كما في الموت الحقيقي ويعتق مدبروه
وأمهات أولاده .

(وقيل لحوقه) بدار الحرب (يتوقف تصرف مضاربه) أى مضارب رب المال
الذي ارتد على الاتعاظ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل (عند أبي حنيفة رضى الله
عنه ، لانه) أى لان المضارب (يتصرف له) أى لرب المال (فصار) أى تصرف المضارب
(كتصرفه) أى كتصرف رب المال (بنفسه) فلو تصرف رب المال في هذه الصورة
لكان تصرفه موقوفاً عند أبى حنيفة « رح » لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب .
(ولو كان المضارب هو المرتد) بنصب الدال ، لأنه خبر كان وهو ضمير الفصل
(فالمضاربة على حالها) في قولهم جميعاً ، حتى لو اشترى أو باع وربح أو خسر ثم قتل على
ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما
اشترطاً (لأن له) أى للمضارب (عبارة صحيحة) لكونه عاقلاً بالغاً (ولا توقف في
ملك رب المال) لأنه نائب أو متصرف في منافع نفسه ولا حتى لورثته في ذلك بخلاف
رب المال لأن التوقف فيه لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفيه
والمهدة في جميع ذلك على رب المال (فبقيت المضاربة) الفاء جواب شرط محذوف
والتقدير وإذا كان كذلك فبقيت المضاربة على حالها .

(قال) (أى القدوري) (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم) أى المضارب (بعزله)
أى بمزل رب المال إياه فالمصدر مضاف إلى فاعله وذكر المفعول مطوًى ، ويجوز أن

حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل
 قصداً يتوقف على علمه . وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها
 ولا يمنع العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر
 بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال ، وإنما ينض بالبيع . قال ثم
 لا يجوز أن يشتري بثمان شيئا آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة
 معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار

يكون مضافاً إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل (حتى اشترى) أي المضارب (وباع
 فتصرفه جائز لأنه) أي لأن المضارب (وكيل من جهته) فلا ينزل إلا بعلمه لأنه عزل
 قصدي فيتوقف على العلم ، لأن العزل نهى والأحكام المتعلقة بالأمر والنهي لا يؤثر فيها
 النهي إلا بعد العلم دليله أو أمر الشرع ونواهي ، أشار إلى ذلك بقوله (وعزل الوكيل
 قصداً) أي عزلاً قصداً ، أو مقصوداً ، أو يكون حالاً أي قاصداً (يتوقف على علمه)
 أي علم الوكيل لما ذكرنا (وإن علم بعزله والمال) أي والحال أن المال (عروض فله) أي
 فللمضارب (أن يبيعها ولا يمنع العزل من ذلك) أي من المبيع عند أكثر أهل العلم فله
 أن يبيعها نقداً ونسيئة كما قبل العزل ، حتى لو نهى رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل
 نهيه ، وكذا لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة قبل العزل .

(لأن حقه) أي حق المضارب (قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر) أي حقه في الربح
 (بالقسمة وهي) أي القسمة (تبتنى على رأس المال) بأن يكون نقداً (وإنما ينض) أي
 ينقد (بالبيع) بأن تباع العروض ، حتى يصير أحد التقدين ونض ينض من باب ضرب
 يضرب من التنصيص وهو خروج الماء عن الحجر أو نحوه قليلاً قليلاً ، والناض عند أهل
 الحجاز الدراهم والدنانير ومادته نون وضاض معجمة .

(قال) أي القدوري (ثم لا يجوز أن يشتري) أي المضارب الموزول (بثمان) أي
 بثمان تلك العروض التي فضت (شيئاً آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة) أي لأجل
 ضرورة (معرفة رأس المال) لأجل القسمة (وقد اندفعت) أي الضرورة (حيث صار)

نقداً فيعمل العزل ، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد
نضت لم يجوز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال
حقه في الربح ، فلا ضرورة . قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره
إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم
ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال
استحساناً ، لأن الربح لا يظهر إلا به ، وصار كالعروض . وعلى هذا
موت رب المال في بيع العروض

أى رأس المال (نقداً) أى دراهم أو دنانير (فيعمل العزل) بعمله (وإن عزله) أى رب
المال المضارب (ورأس المال) أى والحال أن رأس المال (دراهم أو دنانير وقد) أى
والحال أنها قد (نضت) أى نفدت بأحد النقيدين (لم يجوز له أن يتصرف فيها ، لأنه ليس في
أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة) في تصحيح تصرفه ، لأنه باعها بكون
المال نضاً .

(قال وهذا الذي ذكره) القدوري (إذا كان) أى المال الذي نض (من جنس رأس
المال) بأن كان كل منهما دراهم أو دنانير (فإن لم يكن) أى المال الذي نض من جنس
رأس المال (بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب) أى أو كان العكس بأن كان
دنانير ورأس المال دراهم (له) أى للمضارب (أن يبيعها بجنس رأس المال) قيد به ،
لأنه ليس له أن يشتري بما نقد العروض (استحساناً) أى من حيث الاستحسان (لأن
الربح لا يظهر إلا به) أن يبيعها بجنس رأس المال ، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال
وقال يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال (وصار كالعروض) في حكم جواز
البيع وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية ، فصار كأن رأس المال
قد تعين .

(وعلى هذا) إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل ، أي على حكم المذكور (موت رب المال)
وارتفاع الموت بالابتداء ، وخبره قوله على هذا (في بيع العروض) بأن كان المال عروضاً

ونحوها . قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه
أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لأنه بمنزلة الأجبر والربح كالأجر
له . وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء ، لأنه وكيل محض
والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال
في الاقتضاء ، لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله
وتوكله كيلا يضيع حقه .

ومات رب المال فلا ينزل المضارب ، بل يبيعها وينض رأس المال ، وكذا في لحوق
رب المال بدار الحرب مرتدأ ، لأنه موت حكماً (ونحوها) أي ونحو العروض ، فإن
كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير أو على العكس .

(قال) أي القدوري (وإذا افترقا وفي المال ديون) أي إذا افترق رب المال
والمضارب والحال في المال ديوناً والمراد من الافتراق فسخها عقد المضارب (وقد ربح المضارب
فيه) أي والحال أنه قد ربح المضارب في المال (أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) أي على طلب
الديون التي على الناس (لأنه) أي لأن المضارب (بمنزلة الأجبر) حيث جعل له شيء
(والربح كالأجر له) لأنه استحق الربح بأن اعلمه وقد سلم له بدل عمله وهو الربح
فيجبر على اتمام عمله ، ومن إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس ولا نعلم
فيه خلافاً .

(وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) أي طلب الديون التي على الناس وقالت
الثلاثة لزمه الاقتضاء لأنه بمقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته ، ودليلنا هو قوله
(لأنه) أي المضارب (وكيل محض) أي خالص (والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع
به) بل الواجب رفع يده عن المال فإذا رفع يده فلا يلزمه أكثر منه لأنه وكيل محض قبل
ظهور الربح (ويقال له) أي للمضارب (وكل رب المال في الاقتضاء ، لأن حقوق العقد
ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله) أي توكيل المضارب رب المال (وتوكله) أي توكل
رب المال (كيلا يضيع حقه) أي حق رب المال لأنه لا يمكن المطالبة فيما عقد المضارب

قال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله ، وكل المراد منه
الوكالة . وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على
التقاضي ، لانهما يعملان بأجرة عادة .

إلا بالتوكيل فيوكل حفظاً لحقه . وفي بعض النسخ حق لا يضيع حقه .

(وقال في الجامع الصغير يقال له) أي للمضارب (أحل) أي رب المال وهو أمر
من أحال يحل من الحوالة (مكان قوله وكل المراد منه) أي من قوله أحل (الوكالة)
لانه ليس عليه دليل ، حتى تكون حقيقة الحوالة ، فعلى هذا إطلاق الحوالة على الوكالة
يكون استعارة والمجوز اشتغالها على النقد ، هذا لفظ القدوري (وعلى هذا) أي على
الحكم المذكور (سائر الوكالات) أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي له
يجبر عليه ، ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع
(والبيع) أي الذي يبيع بالأجر وهو الدلال (والسمسار) بكسر السين هو التوسط
بين البائع والمشتري . وفي المبسوط هو من يعمل للغير بالأجر بيعاً أو شراء . قلت فعلى
هذا الافتراق بين الدلال والسمسار ، ولكن أهل اللغة فرقوا بينهما بما ذكرنا .
قال الأعشى :

فعمشنا زماننا وما بيننا رس ول يراجع أخبارها
فأصبحت لا أستطيع الجوا ب سوى أن أراجع سمارها

يريد السفير بينهما . وفي العباب وهو لفظ معرب (يجبران على التقاضي لأنها) أي
لأن البيع والسمسار (يعملان بأجرة عادة) فيكون كالإجارة الصحيحة . ولو دفع إلى
سمسار دراهم وقال اشتر لي بها رطباً بأحد عشرة دراهم فهذا فاسد ، لأنه استأجر أصلاً
بجهولاً ، وكذا لو سمى له عدد الثياب أو استأجر لبيع طعام أو شراب ، والحيلة في
جوازه أن يستأجره يوماً إلى الليل باجر معلوم لبيع له أو يشتري ، لأن العقد يتناول
منافعه وهي معلومة ببيان المدة وإن لم يشترط أجراً يكون وكلاً معيناً له ، فيعوضه
بعد الفراغ من العمل مثل الأجر ، لأن جزاء الإحسان أجرة .

قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التابع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة ، فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه أمين . وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال ، لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل ، وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه ، لانه أخذه

(قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التابع أولى) إنما كان الربح تابعاً لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه ، فكان أصلاً (كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة) عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رج» لأن العفو تبع وقد مر بيانه في باب الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) هذا لفظ القدوري (لأنه أمين) فلا يكون ضميناً لما بينهما من المنافاة (وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها) يعني لم يفسخاها (ثم هلك المال بعضه) أي بعض المال ، ورفعته على انه بدل البعض من الكل (أو كله) بالرفع أيضاً ، لأنه بدل الكل ، أي رب المال والمضارب (تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله) وفي بعض النسخ رأس المال (لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه) أي لأن رأس المال (هو الأصل) لتصور بدون الربح (وهذا) أي الربح (بناء) أي مبني (عليه) أي على رأس المال الذي هو الأصل (وتبع له) أي لرأس المال ، لأنه زيادة عليه (فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة) أي حال كونه أمانة غير مضمون (تبين أن ما استوفياه) أي رب المال والمضارب (من رأس المال) خبران (فيضمن المضارب ما استوفاه) أي الذي أخذه (لانه أخذه لنفسه) ولم يكن ذلك حتى يصل رب المال إلى

لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله . وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لانه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بيننا . فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الأول ، لان المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر .

رأس ماله ، وهذا بمنزلة قسمة الوارث التركة مع قيام الدين على الميت ، فلو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقى ثم هلك المعزول قبل أن يصل إلى العزل بطلت القسمة ، وعليهم ضمان ما أخذوه من حق الغرماء لان حقهم سابق على حق الورثة في التركة ، فكذلك فيما نحن فيه (وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله) يعني يجعل ذلك من رأس المال .

(وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء) يعني بعد الاستيفاء (كان) أى الشيء الفاصل (بينهما) أى بين رأس المال والمضارب (لأنه ربح) وقضيته أن يكون مشتركا بينهما (وإن نقص) يعني شيء من رأس المال (فلا ضمان على المضارب لما بيننا) أشار به إلى قوله لانه امين (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها) ثانياً (فهلك المال لم يتراد الربح الأول ، لان المضاربة الاولى قد انتهت) يعني بقسمة الربح وفسخ المضاربة (والثانية) أى المضاربة الثانية (عقد جديد فهلك المال في الثاني) أى في العقد الثاني (لا يوجب انتقاض الاول) أى الاقتسام الاول (كما لو دفع) وفي بعض النسخ كما إذا دفع أى رب المال (اليه) أى إلى المضاربة (مالا آخر) غير المال الاول فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول .

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة، لأن كل ذلك من صنيع التجارة فينتظمه إطلاق العقد، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب،

(فصل فيما يفعله المضارب)

انما فصله لانه يذكر فيه ما لم يذكره في اول المضاربة من أفعال المضارب .
(قال) أى القدوري (ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) أى بالحال والأجل ، وبه قال أحمد في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية وابن أبي ليلى لا يجوز بغير الإذن ، لانه ضد مقصود رب المال ، ودليلنا قوله (لان كل ذلك) أى البيع بالنقد والنسيئة (من صنيع التجارة) بضم التاء جمع فاجر ، وجاء بالكسر أيضاً ولكنه بتخفيف الجيم (فينتظمه) أى إذا كان كذلك فينتظم البيع بالنقد والنسيئة دل عليه قوله أن يبيع كما في قوله تعالى ﴿ إعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، أى العدل الذى دل عليه اعدلوا (اطلاق المقد) هو كونه غير مقيد بالنقد .

(إلا) استثناء من قوله ويجوز للمضارب أن يبيع، والاولى أن يكون من قوله فينتظمه إطلاق العقد (إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه) أى إلى ذلك الاجل بأن باع إلى عشر سنين ونحوها ، وقوله لا يبيع التجار جملة في محل الجر صفة لقوله إلى أجل فافهم (لان له) أى للمضارب (الامر العام) أى الشامل (المعروف) أى المعتاد (بين الناس) أراد به ما هو صنيع التجار والبيع إلى أجل طويل غير معتاد فلا ينتظمه الإذن (ولهذا) توضيح لما ذكره (كان له) أى للمضارب (أن يشتري دابة للركوب) يحريان المادة (وليس له أن يشتري سفينة للركوب) لعدم جريان المادة فيه ، هذا في المضاربة الخاص بنوع كالطعام مثلا ، أما إذا لم يخص المضاربة بنوع بل دفع المال ولم يسم ما يشتري به

وله أن يستكرها اعتباراً لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد المضاربة
في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالنقد
ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك
فالمضارب أولى ، إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع
نسيئة ولا كذلك الوكيل ، لأنه لا يملك ذلك .

فاشترى سفينة أو دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز للاطلاق (وله) أى للمضارب
(أن يستكرها) أى يستكرى السفينة (اعتباراً لعادة التجار) فانهم يستكرون
السفينة لحمل البضائع (وله) أى للمضارب أيضاً (أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في
الرواية المشهورة ، لأنه من صنيع التجار) احتراز بالمشهورة ، عما روى ابن رستم عن محمد
أنه لا يملك ذلك باطلاق العقد ، لأنه بمنزلة الدفع مضاربة ، والفرق أن المضارب شريك
في الربح والمأذون لا يصير شريكاً فيه .

(ولو باع بالنقد) أى المضارب شيئاً (ثم أخر الثمن) أى من الشراء بعيب أو بغيره
(جاز بالإجماع) أراد به إجماع أصحابنا (أما عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله (فلأن الوكيل يملك ذلك) أى الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن عند المشتري
(فالمضارب أولى) بالجواز لأن ولايته أعم ، لأنه شريك في الربح أو بعوضيه أن يصير
شريكاً ، فكان أصيلاً من وجه (إلا أن المضارب لا يضمن) هذه إشارة إلى الفرق
بينهما وهو أن المضارب إذا أخر الثمن لا يضمن لرب المال (لأن له) أى للمضارب (أن
يقابل) أى البيع (ثم يبيع) أى بعد الاقالة (نسيئة) أى بالدين ، لأنه لما كان يملك
البيع نسيئة ابتداء فكذلك بواسطة الاقالة .

(ولا كذلك) أى ليس كذا (الوكيل) أى بالبيع (لأنه لا يملك ذلك) أى الاقالة
والبيع بالنسيئة بعدها . وهاهنا شيان ، الاول : أن الإشارة إلى الاقالة والبيع الدال
عليهما قوله أن يقابل ثم يبيع والثاني : أن تذكير الإشارة باعتبار المذكور .

وأما عند أبي يوسف «رح» ، فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة . ولو احتال بالثمن على الأيسر والأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر . والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع ، نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والإرتهان والرهن ، لأنه إيفاء واستيفاء ،

(وأما عند أبي يوسف فلأنه) أى فلأن المضارب (يملك الإقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل ، لأنه لا يملك الإقالة) فكذا لا يملك تأجيله في الثمن ، فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله (ولو احتال) أى المضارب إذا قبل الحوالة (بالثمن على الأيسر أو الأعسر) أى على رجل أيسر من المشتري أو أعسر منه (جاز) أى الاحتيال ، أى الحوالة وتذكير الفعل باعتباره (لأن الحوالة من عادة التجار) لأنها متعارفة بينهم وهم محتاجون إليها (بخلاف الوصي يحتال) أى حال كونه يحتال (بمال اليتيم حيث يعتبر فيه) أى في هذا الحكم (الأنظر) في حق الصغير (لأن تصرفه مقيد بشرط النظر) ولا نظر في قبول الحوالة على الأعسر والاب كالوصي .

(والأصل) فيما يجوز للمضارب أن يفعله وما لا يجوز (أن ما يفعله) أى (المضارب ثلاثة أنواع : نوع) أى أحدهما نوع (يملكه) أى المضارب (بمطلق المضاربة) يعني من غير أن يقول لرب المال إعمل برأيك (وهو) أى هذا النوع (ما يكون من باب المضاربة وتوابعها) أى توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والإرتهان ونحوها على ما يحىء الآن (وهو ما ذكرنا من قبل) أشار به إلى قوله أن يبيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة وتأخير الثمن واحتال به (ومن جملته أى جملة ما يملكه بمطلق العقد) التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه (أى إلى التوكيل) والرهن والإرتهان (لأنه) أى لأن أحدهما وهو الرهن (إيفاء) لما عليه (واستيفاء) أى والآخر وهو

والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه
من قبل . ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل
برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ،
وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخط مال المضاربة
بماله أو بمال غيره ، لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره
وهو أمر عارض

الارتهان استيفاء لحقه (والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة) كلها مرفوع
عطفاً على قوله والارتهان (على ما ذكرناه من قبل) إشارة إلى ما ذكر من أول الكتاب
بقوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشترى ويوكل ويسافر
ويبضع ويودع .

(ونوع) أي الثاني نوع (لا يملكه) أي المضارب (بمطلق العقد) أي عقد
المضاربة (ويملكه) أي يملك هذا النوع (إذا قيل له) أي للمضارب بان قال له رب
المال (اعمل برأيك) للتفويض العام (وهو) أي هذا النوع (ما يحتمل أن يلحق به)
أي النوع الأول (فيلحق) أي النوع الثاني بالأول (عند وجود الدلالة) وهو قوله أعمل
برأيك (وذلك) إشارة إلى ما ذكر من قوله وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند
وجود الدلالة (مثل دفع المال مضاربة) أي مثل دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره
مضاربة لوجود الدلالة على أن هذا مثل النوع الأول وهو قوله اعمل برأيك (أو شركة
إلى غيره) أي أو مثل دفع مال المضاربة شركة إلى غيره (وخط مال المضاربة) يمر
خط عطفاً على المال في دفع المال ، أي ومثل خط المضارب مال المضاربة (بماله) أي
بمال نفسه (أو بمال غيره) أي أو خط بمال غيره .

(لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره) هذا تعليل لكون هذا النوع ملحقا
بالنوع الأول لا ضمان الإطلاق عند وجود الدلالة (وهو) أي دفع المال مضاربة أو شركة
إلى غيره أو خط مالها بماله أو بمال غيره (أمر عارض) أي أمر زائد على ما تقوم به التجارة

لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمين فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة . وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك . ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة

(لا يتوقف عليه التجارة) لعدم العرف بذلك بينهم (فلا يدخل تحت مطلق العقد) أى إذا كان كذلك فلا يدخل هذا النوع تحت مطلق العقد ، لأن رب المال لم يرض بذلك (ولكنه) أى ولكن ما ذكر من الأمور (جهة في التثمين) أى وجه وطريق في تثمين المال أى زيادته (فمن هذا الوجه يوافقه) أى فمن جهة تثمين المال فيه يوافق ما ذكر من الأمور عقد المضاربة (فيدخل فيه) أى فيدخل ما ذكر فيه عند المضاربة (عند وجود الدلالة) وهى قوله اعمل برأيك إعمال يقتضي العموم ، أشار اليه بقوله (وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك) أى وقول رب المال في عقد المضاربة للمضارب اعمل برأيك دلالة على دخول ما ذكرت من الأمور في العقد .

(ونوع) أى الثالث نوع (لا يملكه) أى المضارب (لا بمطلق العقد ولا بقول^(١)) رب المال اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال (لأنه ليس من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها) وهو الاستدانة (أى النوع الثالث الذي لا يملكه أيضاً إلا بالتنصيص عليه هو الاستدانة) وهو أن يشتري (أى الاستدانة أن يشتري وذكر الضمير لتذكير الخبر وهو قوله أن يشتري ، وأن مصدرية والتقدير وهو الشراء) بالدرهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة (يعني اشترى شيئاً بأحد النقدين بالدين بعد أن اشترى برأس المال المتاع .

وفي شرح الطحاوي ولو اشترى سلعة بثمن دين من جنس رأس المال أو من خلافه بعد

(١) ولا بقوله - هامش .

وما أشبه ذلك ، لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة
فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين . ولو أذن له رب المال بالاستدانة
صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج

أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة وليس عند مال المضاربة من جنس ذلك الثمن
الذي اشترى به فيكون استدانة . ولو اشترى سلعة في حال فيقام رأس المال بثمن دين
من جنس رأس المال أو من خلافه بعد أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة جاز الشراء
على المضاربة ولا يكون استدانة . وقال زفر إذا اشترى بخلافه يكون استدانة . وفي
الإيضاح وإن اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة وهو الألف مثلاً كانت حصة الألف
للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لأن الاستدانة
نفذت عليه خاصة .

(وما أشبه ذلك) فإن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بالمكيل
والموزون لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة ولو كان في
يده درهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحساناً لأنهما كالجنس الواحد في ضمنيته
(لأنه) أي لأن الشأن (يصير المال) أي مال المضاربة (زائداً على ما انعقد عليه
المضاربة فلا يرضى) أي رب المال (به) أي بذلك الزائد (ولا يشغل ذمته بالدين) أي
ولا يرضى أيضاً بشغل ذمة المضارب بالدين .

(ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري) بفتح الراء (بينهما) أي بين رب
المال والمضارب (نصفين بمنزلة شركة الوجوه) ولا يكون مضاربة إذ ليس لواحد منهما
فيه رأس المال فصار شركة بينهما كشركة الوجوه ، وإنما كان بينهما لأن إطلاق الشركة
يقضي التساوى (وأخذ السفاتج) بالرفع عطف على قوله وهو الاستدانة ، أي النوع الذي لا يملك
المضارب بدون التنصيص عليه الاستدانة وأخذ السفاتج وهو عبارة عن قرض يستفاد به سقوط
خطر الطريق ، وهو جمع سفنجة . قال صاحب المغرب هو بضم السين وفتح التاء وهو تعريب

لأنه نوع من الاستدانة ، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعقود بمال
وبغير المال والكتابة ، لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة
لأنه تبرع محض . قال ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة .
وعن أبي يوسف « رح » أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ،
ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة . ولهما أنه ليس بتجارة
والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق
على مال لأنه اكتساب

سفته ، وسفته شيء محكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره (لأنه نوع من الاستدانة)
فلا يملكه المضارب إلا بالتنصيص (وكذا إعطاؤها) أي وكذا من النوع الذي لا يملكه
المضارب إعطاء السفاتج (لأنه إقراض) فلا يملكه المضارب لأنه ليس من التجارة (والعقود)
بالرفع ايضاً ، وكذا من النوع الذي لا يملكه إلا بالتنصيص عتق العبد من مال المضاربة
سواء كان (بمال أو بغير مال) لأنه ليس من التجارة (والكتابة) بالرفع ايضاً (لأنه)
أي لأن المذكور من العتق بنوعيه والكتابة (ليس بتجارة) لأن هذه الأشياء تبرعات
(والإقراض والهبة والصدقة) كلها بالرفع (لأنه) لأن المذكور وهو الأشياء الثلاثة
(تبرع محض) فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص .

(قال) أي القدوري (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) قيد به لأنه يجوز
من غيره بلا خلاف (وعن أبي يوسف « رح » انه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب
ألا ترى أنه) أي المضارب (يستفيد به) أي بتزويجها (المهر وسقوط النفقة) أي
عن المضارب .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أنه) أي أن تزويج الأمة (ليس بتجارة
والعقد) أي عقد المضاربة (لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة ، وصار) أي تزويج الأمة
(كالكتابة والإعتاق على مال فإنه) أي فإن كل واحد من الكتابة والاعتاق على مال

ولكن لما لم يكن بتجارة لا يدخل تحت المضاربة ، فكذا هذا .
قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى
رب المال وباع فهو على المضاربة . وقال زفر تفسد المضاربة لأن
رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ،
ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء . ولنا أن التخلية فيه

(اكتساب) حيث يحصل فيه المال (ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة
فكذا هذا) أى تزويج الأمة ، وإن كان فيه مال ولكن ليس بتجارة .

(قال) أى في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظه ، قال بل قوله فإن دفع
بألف التفرعية وصورها فيه محل عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن دفع على آخر
الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها إلى رب المال بضاعة فباع رب المال بها
واشترى ، قال هي على حالها قوله (فإن دفع) أى المضارب (شيئاً من مال المضاربة إلى
رب المال بضاعة) أى حال كون الشيء بضاعة ، وها هنا شيان ، الأول أن قوله شيئاً
وإن كان يوم أن حكم دفع كل المال بضاعة بخلاف ذلك فليس كذلك ، لأن الحكم فيها
سواء ، نص عليه في الذخيرة والمبسوط . الثاني أنه قيد بدفع المضارب لأن رب المال
لو أخذه من منزل المضارب من غير أمره وباع واشترى إن كان رأس المال بضاعة فهو
نقض للمضاربة وإن صار عوضاً لا يصير نقضاً ، لأنه يمكن أن يحمل معيناً لأنه يكون
عاملاً لغيره (فاشترى رب المال وباع فهو) أى الذى اشترى وباع (على المضاربة) يعني
لا يفسد المضاربة بذلك .

(وقال زفر « رح » تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح
وكيلاً فيه) لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلاً لغيره (فيصير) أى رب المال
(مسترداً) لما له وبه تنقض المضاربة (ولهذا) توضيح لما قبله (لا يصح) أى عقد
المضاربة (إذا شرط العمل عليه) أى على رب المال (ابتداء) أى في ابتداء المضاربة .
(ولنا أن التخلية فيه) أى بين المال وبين المضارب (قد تمت) بتسله (وصار

قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه
في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف
شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية . وبخلاف ما إذا
دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح ، لان المضاربة
ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب

(التصرف) من رب المال (حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه) أى عن المضارب
(في التصرف) كما لو وكل اجنبياً (والابضاع) أى ابضاع المضارب رب المال (توكيل
منه) أى من المضارب (فلا يكون) أى الابضاع (استرداداً) أى لئله لتنقض
به المضاربة .

فإن قيل الابضاع هو أن يكون المال للبضع والعمل من الآخر وليس للبضع هاهنا
قال فكيف يتحقق الابضاع ، قلنا الإبضاع وهو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال
يصلح معيناً له ، لأن اشق الناس اليه تصرفاً فيصح الاستعانة به كما يصح من الأجنبي .
فإن قيل الاجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معيناً ورب المال يتصرف في ملك نفسه
فلا يصلح معيناً ، وهو لو استأجر خياطاً واستعان الأجير بالمستأجر في الحياطة مما
يستحق المستأجر الأجر ، لأن عمله لا يتحول إلى المستأجر فينبغي أن لا يكون
للمضارب من هذا الربح نصيب . قلنا في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعاً ، ومعنى
الشركة راجع بل المقصود هو الشركة ، ولهذا لو عمل ولم يربح لا يقضي له بشيء ، وفي
الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه ، وإن كان كذلك صح رب المال
معيناً ، أما في الإجارة يستحق الاجر بالعمل والعمل لا يتحول فافهم .

(بخلاف شرط العمل عليه) أى على رب المال ، وهذا جواب عن قوله وهذا
لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء (في الابتداء ، لأنه يمنع التخلية) أى بين المال وبين
المضارب (وبخلاف ما إذا دفع) أى المضارب (المال إلى رب المال مضاربة حيث
لا يصح) أى عقد المضاربة الثانية (لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل

ولا مال ها هنا للمضارب ، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع ،
وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الأولى . قال وإذا عمل المضارب في المصّر فليست نفقته في المال وإن
سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال .
ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة

المضارب (لأن المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر) ولا
مال ها هنا للمضارب (يعني من جانب المضارب (فلو جوزناه) أى عقد المضاربة الثانية
(يؤدي إلى قلب الموضوع) أى عكسه وهو تجوز المضاربة بدون المال .

(وإذا لم يصح) أى عقد المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا
يبطل به) أى يدفع المال إلى رب المال في المضاربة الثانية (المضاربة الأولى) كالرهن في
يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن . وعند زفر « رح » تنفسخ المضاربة الأولى كما
لو دفعه إعانة .

(قال) في الجامع الصغير (وإذا عمل المضارب في المصّر فليست نفقته في المال)
الاحتباس على ما يبيح . (وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء
وهو ما يركب عليه ، قال الله تعالى ﴿ فَمِنْهُمْ رُكُوبُهُمْ ﴾ ٧٢ يس (ومعناه) أى معنى
ركوبه أى معنى كون ركوبه في المال (شراء وكراء) أى من حيث الشراء ومن حيث
الكراء ، أراد أن المضارب في السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكراء بها (في المال)
أى في مال المضاربة وهو ظرف للجميع والشرط أن يكون ذلك كله بالمعروف ، وبه
قال مالك وأبو ثور والحسن والنخعي والاوزاعي وإسحاق . وقال الشافعي « رح »
فنفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر بالإذن ، وبه قال ابن سيرين وحماد بن
أبي سليمان .

(ووجه الفرق) أى بين ما إذا عمل في المصّر حيث لا نفقة له في مال المضاربة وبين
ما إذا عمل في السفر حيث يجب فيه (أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة

المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي . وإذا سافر صار
محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه . وهذا بخلاف الأجير لأنه
يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله ، أما المضارب
فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد . فلو أنفق من ماله يتضرر به ،
وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير ، وبخلاف البضاعة لأنه
متبرع . قال ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في
المضاربة لانتفاء الاستحقاق .

المرأة (لأن القاضي محبوس لمصالح العامة والمرأة محبوسة في منزل الزوج (والمضارب في
المصر ساكن بالسكنى الأصلي) لا المضاربة (وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة)
بالعمل للمضاربة (يستحق النفقة فيه) أي في مال المضاربة لأجل الاحتباس (وهذا)
أي الحكم (بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة) لكونه يعمل ببدل فكان البدل
واجباً له مطلقاً (فلا يتضرر بالانفاق من ماله) أي من مال نفسه لأنه عامل ببدل
مضمون في ذمة المستأجر ، وذلك يصح له بيقين ، بخلاف المضارب فإنه غير مستوجب
بدلائل حقه في ربح عسى يحصل وعسى لا يحصل فلا بد أن يجعل له بإزاء ما يحمله من
المشقة شيئاً معلوماً ، أشار إلى هذا المعنى بقوله (أما المضارب فليس له إلا الربح وهو
في حيز التردد) يعني بين أن يكون وبين أن لا يكون (فلو أنفق من ماله يتضرر به) أي
بالانفاق من ماله نفسه كالشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روى عن محمد
ذلك (وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير) فلا نفقة له (وبخلاف البضاعة لأنه متبرع)
أي بالعمل فلا يجب له النفقة .

(قال) لو لم يذكر لفظه قال لكان أصوب ، لان المسألة لم تذكر في الجامع الصغير
ولا في القدوري ، ولهذا لم يذكرها في البداية ، وإنما ذكرت المسألة في المبسوط (ولو
بقي شيء في يده) أي في يد المضارب (بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتفاء

ولو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت
بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر . وإن كان لا يبيت بأهله فنفقته في
مال المضاربة لان خروجه للمضاربة . والنفقة هي ما يصرف إلى
الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا ، ومن جملة ذلك غسل ثيابه وأجرة
أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن

(الاستحقاق) والحكم ينتهى بانتهاء علته وذلك كالحاج عن الغير إذا بقى معه شيء من النفقة
بعد رجوعه يجب عليه رده وكالمولى إذا نقل الأمة المبتدأة للخدمة وبقي شيء معها من
النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها كذا في المبسوط .

(ولو كان خروجه) أى خروج المضارب من بلده (دون السفر) وهو مسيرة ثلاثة
أيام (إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر) لأن أهل
السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في منازلهم . (وإن كان لا يبيت بأهله فنفقته في مال
المضاربة ، لان خروجه للمضاربة) فصار كالخروج للسفر (والنفقة) أشار به إلى تفسير
النفقة الواجبة للمضارب (ما يصرف إلى الحاجة الراتبية) أى الثابتة اللازمة التي لا بد
منها (وهو) أى الذى يصرف إلى الحاجة الراتبية (ما ذكرنا) أراد به ما ذكرناه فيما قبل
من طعامه وشرابه وكسوته وركوبه (ومن جملة ذلك) أى من الذى يصرف إلى الحاجة
الراتبية (غسل ثيابه) لأنه ضرورى ، وكذا أجرة الحمام والحلاق نص عليه في الفوائد
الظهيرية والقياس يأبى ذلك ، لأنه لا يحتاج إليها في عموم الاوقات ، ولكن هذا من
صنيع التجار حيث يتنظفون بإزالة الوسخ وقص الشارب وحلق الرأس لتزدد رغبات
الناس في المعاملات ، فإن الإنسان إذا كان وسخ الثياب طویل الشعر يعد من المفاليس
عادة فيقل معاملوه فصارت هذه الاشياء كالنفقة الراتبية ، وكذا ثمن الخرص والصابون
دون الحجام والفصاد .

(وأجرة أجير يخدمه) أى يخدم المضارب ، لانه ضرورى (وعلف دابة يركبها
والدهن) بفتح الدال وهو مصدر من دهن يدهن بالفتح فيها ، والمراد استعمال الدهن

في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار . وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة لأنه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواءها في مالها .

كالزيت والسيرج ونحوهما (في موضع يحتاج إليه) أي إلى الدهن (عادة كالحجاز) أي كما في أرض الحجاز لأنها حارة يحتاج أهلها إلى تطيب أبدانهم بالدهن (وإنما يطلق) يعني يجوز (في جميع ذلك) من الذي ذكره وجعله من الراتبة (بالمعروف) أي بقدر دفع الضرورة بلا اسراف (حتى يضمن الفضل إن جاوزه) أي المعروف (اعتباراً للمتعارف) أي المعتاد (فيما بين التجار) لأن صنيعهم هو الأصل في هذا الباب .

(قال) أي في الجامع الصغير (وأما الدواء) أي ثمنه (ففي ماله) أي في مال المضارب (في ظاهر الرواية) قال الأتازي ليس في ذكره كثير فائدة لوجهين ، لأنه رواية الجامع الصغير ، وما ذكر كله ظاهر الرواية ، ولأنه ذكر بعد هذا وعن أبي حنيفة « رح » أنه يدخل في النفقة فيفهم منه إشارة أنه ظاهر الرواية لأن حكمة من تستعمله في غير ظاهر الرواية بطريق الالتزام وقبده بظاهر الرواية يدل بالتصريح ، وهذا قدر جليل في الفائدة .

(وعن أبي حنيفة) وهي رواية الحسن عنه (أنه) أي أن ثمن الدواء وقدر كبير الضمير بهذا الاعتبار وإلا فالدواء مؤنث (يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به) أي بإصلاح البدن (فصار كالنفقة) فيجب في مال المضاربة (وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء) أي وإن الحاجة إلى الدواء (بعارض المرض) فقد يمرض وقد لا يمرض فلم يكن لازماً (ولهذا) أشار به إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء (كانت نفقة المرأة على الزوج) لأنها معلومة الوقوع (ودواءها في مالها) لأنها غير معلومة الوقوع قد يقع وقد لا يقع .

قال وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع
مراجعة حسب ما أنفق على المتاع من الحلال ونحوه ولا يحتسب
ما أنفق على نفسه ، لأن العرف جارٍ بالحاق الأول دون الثاني ،
ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها .
قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من
عنده ، وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على
رب المال فلا ينتظمه

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال)
أي الذي أنفق المضارب من رأس المال يرفعه رب المال أولاً ثم يقسم الربح إن بقي لأن
قسمة الربح إنما شرعت بعد تسليم رأس المال .

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن باع) أي المضارب (المتاع مراجعة حسب ما
أنفق على المتاع من الحلال) بضم الحاء مصدر بمعنى الحمل (ونحوه) كأجر السمسار
والقصار والصباغ ، لكن لا يقول اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب ، بل يقول تقوم علي
بكذا كما بين في المراجعة (ولا يحتسب ما أنفق على نفسه ، لأن العرف جارٍ) بين التجار
(بإلحاق الأول) أراد به ما أنفق على المتاع من الحمل ونحوه ، وأراد بإلحاقه برأس المال
(دون الثاني) أراد به ما أنفق على نفسه ، لأن التجار لم يتعارفوا بإلحاق ما أنفقوا على
انفسهم برأس المال (ولأن الأول) أي الاتفاق على المتاع (يوجب زيادة في المالية بزيادة
القيمة والثاني لا يوجبها) كالصنغ والقصر ونحوهما ، فإنه يوجب زيادة في غير المتاع ،
وكالجل فإنه يوجب زيادة في القيمة ، لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كان معه) أي مع المضارب (ألف فاشترى بها
ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده) أي من عند المضاربة (قد قيل له اعمل برأيك) أي
والحال انه قد قيل للمضارب فان قال له رب المال اعمل برأيك (فهو متطوع) أي
المضارب متبرع في المائة (لأنه) أي لأن هذا الصنيع (استدانة على رب المال فلا ينتظمه

هذا المقال على ما مر . وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن ، لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة ،

هذا المقال (يعني قول رب المال له أعمل برأيك (على ما مر) عند قوله وقوع لا يملكه إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة . وفي المنتقى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالألف كله طعاماً وحمله في السفينة فهو متطوع في الكراء ، ولو كان اشترى بتسعة مائة منها طعاماً وبقيت في يده مائة فادأها في الكراء لم يكن متطوعاً وباعه مرابحة على الكراء (فان صبغها) أي فإن صبغ المضارب الثياب المذكورة (أحمر) صبغة مصدره محذوف أي صبغاً أحمر (فهو) أي المضارب (شريك) أي لرب المال (بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لأنه) أي لأن الصبغ (عين مال قائم به) أي بالمصبوغ دل عليه قوله فان صبغها ، وكذا الضمير في فيه يرجع إلى المصبوغ وفي الحقيقة يرجع إلى الثياب ولكنه لما ذكره أولنا هكذا (حتى إذا بيع) أي المصبوغ المذكور (كان له) أي للمضارب (حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة) حتى إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ ألفاً ومصبوغ ألفاً ومائتين كان الألف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ .

فإن قلت فما حكم سائر الألوان ولم خص الحمرة ، قلت لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة ، وأما سائر الألوان فكالحمرة ، ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير وقال في تحرير المحيط إن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثوب ، فان كان رب المال قال له أعمل فيه برأيك كان صاحب الثوب بالخيار ، فان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة إلا يوم اتصل بثوبه كما في الغاصب ، وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة ، فأما إذا كان فيقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه ، فإن لم يفعل رب المال شيئاً من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرىء من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع

بخلاف القسارة والحمل ، لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمه .

وإذا جاز بيعه فينظر بعد ذلك إن باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة ، وعلى قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى أنه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفاً وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان فالألف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه ، وإن باعها مراجعة فإن هذا الثمن ينقسم على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب به وعلى قيمته الذي صبغ المضارب الثياب به .

(بخلاف القسارة) يفتح القاف ، لأن القسارة بالكسر حرفة القصار ، وبالفتح فعله مصدر من قصر الثوب إذا بيضه (والحمل) أي حمل المتاع (لأنه) أي لأن كل واحد من القسارة والحمل (ليس بعين مال قائم به) أي بالثوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة ، وإنما قال ليس بعين مال قائم لأنه في الحمل ظاهر ، وأما في القسارة فلا تنفي الثوب ولا تزيد فيه شيئاً ويبقى أبيض على ما كان أصله (ولهذا) توضيح لما قاله من الفرق (لو فعله الغاصب ضاع عمله) يعني لو قصر الغاصب الثوب الذي غصبه ضاع فعله ، حتى لو أن ردت قيمته للمالك أن يأخذه مجاناً (ولا يضيع) أي فعل الغاصب (إذا صبغ المغصوب) حتى إذا صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجاناً ، بل يتخير رب المال إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصال ثبوت ، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه .

(وإذا صار) أي المضارب (شريكاً) أي لرب المال (بالصبغ انتظمه) يعني شمله أي المضارب (قوله) أي قول رب المال (اعمل برأيك) يعني أن قوله اعمل برأيك يكون متناولاً لصبغه أحمر (انتظامه الخلط) أي كانتظام قوله اعمل برأيك الخلط ، يعني خلط مال المضاربة بمال القسمة وبمال غيره ، وانتصاب الالتزام بنزع الحافظ وهو مصدر مضاف إلى فاعله وهو الضمير الذي يرجع إلى قوله اعمل برأيك ، وقوله الخلط

فصل آخر

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها براً فباعه بألفين واشترى
بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفاً وخمسة
ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة ، قال
« رض » هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب
إذ هو العاقد

بالنصب مفعوله (فلا يضمنه) أى إذا كان كذلك فلا يضمن المضارب الثوب الصبغ ، لأن
الشركة والخلط بإذن رب المال وبه قال مالك واحد . وقال الشافعي رحمه الله يضمن ،
وإن قال إعمل برأيك ، وإذا لم يقل له إعمل برأيك يصير غاصباً فيضمن .

(فصل آخر)

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرهما بفصل على حدة ، ولما لم يكن من أنفس
مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها .

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن كان معه) أى مع المضارب (ألف بالنصف
فاشترى بها براً) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاي المعجمة قال محمد رحمه الله في السير
الكبير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا الصوف والحز (فباعه) أى البز
(بألفين واشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما) أي بالألفين (حتى ضاعا) أى الألفين (يغرم
رب المال ألفاً وخمسة والمضارب خمسة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على
المضاربة) لأن المضارب لما باع البز بألفين ظهر الربح بقدر الألف فيملك المضارب نصفه
وهو خمسة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال فانهلك
الثمن كان ما يخص الربع على المضارب وما يخص ثلاثة أرباع على رب المال .

(قال رضى الله عنه) أى قال المصنف رحمه الله (هذا الذي ذكره) أي محمد
رحمه الله (حاصل الجواب) أى جواب المسألة (لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد)

إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين فيكون عليه في الآخرة . ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهة فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة ، لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما

فيجب عليه (إلا أن له) أي المضارب (حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين) أشار به إلى قوله لأنه وكيل من جهته فيه وبأني ذلك بعد ثلاثة أسطر (فيكون عليه في الآخرة) أي فيكون الثمن كله على المضارب ، لأنه هو العاقد الآخر بفتح الهمزة والحاء والراء أي في الأخير يقال جاء فلان بآخرة أي بآخر .

(ووجهه) أي وجه حاصل الجواب (أنه) أي أن الشأن (لما نض المال) أي نقد (ظهر الربح) أي وللمضارب من الربح شيء أو نصيب ، ثم فسر به بقوله (وهو) أي الذي ظهر للمضارب من الربح (خمسمائة) لأنه ظهر الربح بعد الألف يملك المضارب نصفه وهو خمسمائة (فإذا اشترى بالالفين عبداً صار مشترياً ربعه) أي ربع العبد (لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين) أي على الأرباع الربيع للمضارب وثلاثة أرباع لرب المال (وإذا ضاعت الألفان وجب عليه) أي على المضارب (الثمن) أي ثمن العبد (لما بيناه) إشارة إلى قوله لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد (وله) وللمضارب (الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه) أي لأن المضارب (وكيل من جهة) أي من جهة رب المال (فيه) أي في شراء هذا العبد .

(ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه) لأن نصيبه (مضمون عليه) لدخول الربع في ملكه وضمائه (ومال المضاربة أمانة) أي في يد المضارب (وبينهما)

منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة ، لأنه دفعه مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على الألفين ، لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما .
قال وإن كان معه ألف فاشتري رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه

أى بين المضمون والأمانة (منافاة) فلا يجتمعان ، وإذا كان كذا يخرج نصيب المضارب وهو الربع عن المضاربة لكونه مضموناً عليه (ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه) أى في إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة (ما ينافي المضاربة) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لأنه) أى لأن رب المال (دفعه مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة) فالجموع ألفان وخمسمائة ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رض » وعنهم رأس المال ما دفعه ثانياً وهو ألف وخمسمائة ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله .

(ولا يبيعه) أى لا يبيع المضارب العبد المذكور (مرابحة إلا على ألفين ، لأنه اشتراه بألفين) لأن عقده دفع على الألفين حتى اشتراه (ويظهر ذلك) إشارة إلى مجموع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطاً (فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف) لأن ربع الثمن وهو ألف المضاربة لأنه بدل ملكه (يرفع رأس المال) وهو ألفان وخمسمائة (ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما) أى بين المضارب ورب المال نصفين على ما شرطاً .

(قال) أى في الجامع الصغير (وإن كان معه ألف) أى مع المضارب (فاشتري رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه) أى المضارب (بألف فإنه) أى فإن المضارب (يبيعه)

مراجعة على خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير
المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة
العدم ، ومبنى المراجعة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة
فاعتبر أقل الثمنين . ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من
رب المال بألف ومائتين باعه مراجعة بألف ومائة لأنه اعتبر عدماً
في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع .

أى العبد المذكور (مراجعة على خمسمائة ، لأن هذا البيع) أى بيع رب المال للمضارب
(مقضي بجوازه) أى محكوم بصحته (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى
الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد (دفعاً للحاجة) أى
لأجل دفع الحاجة (وإن كان) إن هذه وأصله بما قبله ، يعني هذا البيع قضى بجوازه وإن
كان (بيع ملكه بملكه) أى بيع ملك رب المال بملكه وذلك لأن المضارب اشتراه لرب
المال لأنه وكيله وبيع الإنسان من نفسه باطل ، ولكن لما كان حق المضارب كحق ثالث
صح البيع خلافاً لزفر .

(إلا) استثنى من قوله مقضي بجوازه ، وهو معنى بغير أي غير (أن فيه) أى في
هذا البيع (شبهة العدم) جواز البيع ، ولهذا أبطله زفر رحمه الله فتمكنت شبهة
البطلان ، فاعتبر أقل الثمنين في المراجعة على ما يجيء الآن (ومبنى المراجعة على الأمانة
والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين) في المراجعة للاحتياط .

(ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مراجعة
بألف ومائة لأنه) أى لأن البيع (اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب
المال) تحريره أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه إلا قدر مائة فوجب
اعتبار هذه المائة وفيما وقع رب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني كما قلنا في
المسألة الأولى (وقد مر في البيوع) أراد به ما ذكره في باب المراجعة بقوله وإن كان مع

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال ورבעه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته ألفان .

المضارب عشرة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف .

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن كان معه) أي مع المضارب (ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) أي قتلاً خطأ وهو نصب على الحال ، أي خاطئاً ، وإنما قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كان ألفاً فتدبير جنايته على رب المال بلا خلاف ، لأن رقبته ملكه وإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فداء للثلاثة (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال ورבעه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته ألفان) الأصل في جناية العبد الدفع أو الفداء ، فإن دفع العبد انتهت المضاربة لأنه زال عن ملكها بلا بدل . وفي جامع المحبوبي لا يدفع حتى يحضر رب المال والعامل سواء كان الإرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر ، لأن الملك مشترك بينهما كالعبد للرهن إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن ، ولا يشترط حضورهما للفداء ، لأن كل منهما يملكه ولو فدى المضارب لا يرجع على رب المال ، لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه فكان متبرعاً كالأجنبي .

وقال مالك والشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية إن كانت قيمته أكثر من رأس المال يدفع بلا حضور المضارب ، لأنه لا مالك له بعد ظهور الربح حتى يقسما

وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة . أما نصيب المضاربة فلما بيناه . وأما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما ، لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً

في قول ، والفداء أيضاً على رب المال له العامل لعدم ملكه . وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفداء عليه على قياس هذا القول .

(وإذا فديا) أي رب المال والمضارب (خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه) أشار به إلى ما ذكره من قوله ويخرج نصيب المضارب ، وهو الربح في المضاربة لأنه مضمون عليه (أما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما) أي على رب المال والمضارب (لما أنه) أي لأن قضاء القاضي بالانقسام (يتضمن قسمة العبد بينهما) لأن الخطأ بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادى ولا سلامة إلا بالقسمة (والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم) أراد به ما إذا ضاع الالفان في أول الفصل حيث لا تنتهي المضاربة هناك ، بل تثبت على ما كانت (لأن جميع الثمن فيه) أي فيما تقدم (على المضارب وإن كان له حق الرجوع) أي على رب المال بألف وخمسة على ما مر (فلا حاجة إلى القسمة) لعدم أمر يقتضي ذلك .

(ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية) لأن الموجب الأصلي هو الدفع (ودفع الفداء كابتداء الشراء) أراد باختیارهما الفداء كأنها اشترياه ابتداء يكون الفداء عليهما أرباعاً ربعة على المضارب وثلاثة أرباعه على رب المال ، لأن الفداء مؤنة الملك فيقدر بقدره ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً (فيكون العبد) بعد فدائهما (بينهما أرباعاً)

لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال وإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت الألف يدفع رب المال ذلك ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة في يده ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينفيه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك

لا على المضاربة) لخروج العبد عن المضاربة (يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام)
لأنه عبد مشترك أرباعاً (بخلاف ما تقدم) أراد به المسألة التي تقدمت في أول الفصل
فإن العبد فيها يخدم المضارب يوماً وثلاثة أيام للمضاربة لكون العبد في المضاربة
لعدم انتهائها .

(قال) أي في الجامع الصغير (فإن كان معه) أي مع المضارب (ألف فاشترى بها
عبداً فلم ينقدها) يعني لم يدفع الألف إلى البائع (حتى هلكت) يعني الألف (يدفع
رب المال ذلك الثمن ثم وثم رأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) وهو الألفان وكذا
لو هلكت الألف الثاني قبل الدفع إلى البائع يدفع رب المال ألف أخرى ثم وثم ، ويكون
يجميع رأس المال (لأن المال أمانة في يده) أي في يد المضارب ، لأن مبنى المضاربة عليها
(والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) أي استيفاء الحق يكون بقبض مضمون فلو حل
بقبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامناً وهو أمين (وحكم الأمانة ينفيه) أي ينافي
الضمان دل عليه قوله بقبض مضمون ، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانياً وثالثاً إلى غير
النهاية على جهة الأمانة دون الاستيفاء ، وإذا هلك كان الهلاك على رب المال (فيرجع
مرة بعد أخرى) أي إذا كان قبضه أمانة يرجع على رب المال مرة بعد أخرى حيث ما
وجد هلاك المال .

(بخلاف الوكيل بالشراء) بشراء عبد بعينه (إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء)
أي بأن أعطاه الموكل ألفاً وقال له اشتر لي عبداً بعينه (وهلك) أي الثمن وهو ألف مثلاً

بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة ، لأنه أمكن جعله مستوفياً ، لأن
الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة
في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال
فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً
بالقبض بعده ،

(بعد الشراء) قبل أن ينقذه إلى البائع (حيث لا يرجع) أي على موكله (إلا مرة)
واحدة (لأنه) أي لأن الشأن (أمكن جعله) أي جعل ما قبضه الوكيل (مستوفياً ، لأن
الوكالة تجامع الضمان) على ما نبين الآن ، بخلاف المضاربة ، فإن مبناهما على الأمانة
(كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب) حيث جازت الوكالة ، فإذا هلك العبد في يد الغاصب
بعد ما صار وكيلًا ضمن ، لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة (ثم في الوكالة في هذه الصورة)
أشار به إلى صورة الوكيل بشراء عبد بعينه ودفع إليه الثمن وهلك قبل الدفع إلى البائع (يرجع
مرة) يعني يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة فيما إذا هلك الثمن بعد القبض من الموكل
قبل الدفع إلى البائع ، تحريره أن الوكيل إذا اشترى العبد بألف وجب للبائع على
الوكيل الثمن ، ووجب للوكيل على الموكل مثله .

فإن كان الموكل قد دفع إليه الثمن أولاً ثم هلك الثمن قبل الشراء ، أي وقبل الدفع
إلى البائع يرجع الوكيل على موكله بالثمن ، لأن المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده ولم
يوجد بعد الشراء ما يوجب أن يكون مضموناً ، فلم يصر مستوفياً ، فإذا هلك يرجع عليه
مرة ثم لا يرجع لو وقع الاستيفاء ، وإن كان قد اشترى ثم دفع إليه الثمن ثم هلك قبل أن
يدفعه إلى البائع لا يرجع ، لأن قبضه كان على جهة الاستيفاء لا على جهة الأمانة .

فإذا استوفاه مرة لم يبق الحق أصلاً ، أشار إلى ذلك بقوله (وفيما إذا اشترى) أي
الوكيل (ثم دفع الموكل إليه المال فهلك) أي عند الوكيل (لا يرجع) أي الوكيل على
الموكل (لأنه) أي لأن الشأن (ثبت له) أي للوكيل (حق الرجوع) أي على الموكل
(بنفس الشراء فجعل) أي الوكيل (مستوفياً بالقبض بعده) أي بقبض الثمن بعد الشراء .

أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة
بعده فلم يصير مستوفياً ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفاء على ما مر .

فصل في الاختلاف

قال وإذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً .
وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب ،

(أما المدفوع إليه) أى إلى الوكيل (قبل الشراء أمانة في يده وهو) أى الوكيل
(قائم على الأمانة بعده) أى بعد الشراء (فلم يصير مستوفياً) لكون قبضه قبض أمانة
في هذه الصورة (فإذا هلك) أى المدفوع إليه (يرجع عليه مرة) أى يرجع الوكيل على
موكله مرة واحدة (ثم لا يرجع) بعد ذلك أصلاً عند الهلاك (لوقوع الاستيفاء على ما
مر) أشار به إلى ما ذكره من قوله لأنه يثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً
بالقبض بعده ، وذكر الإمام المحبوبي هنا فرقاً آخر ، وهو أن الوكيل لما اشترى فقد
انعزل عن الوكالة فله أن يرجع على الموكل بعد ، وأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف
في كل مرة قل هذا من المواضع التي يفارق فيها المضارب الوكيل على ما ذكرنا في أوائل
فصل العزل .

(فصل في الاختلاف)

أى في بيان أحكام اختلاف رب المال والمضارب ، ولما كان الإتفاق أصلاً والاختلاف
عارضاً أخره عن الأصل .

(قال) أى في الجامع الصغير (فإن كان مع المضارب ألفان فقال) أى المضارب
(دفعت) بفتح التاء لأنه خطاب لرب المال بقوله أنت دفعت (إلي ألفاً وربحت ألفاً . وقال
رب المال لا) أى ليس الأمر كما ذكرت (بل دفعت إليك ألفين) مضاربة (فالقول قول

وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر «رح» ،
لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر ، والقول قول
المنكر ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب ، لأن الاختلاف في الحقيقة في
مقدار المقبوض ، وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً
لأنه أعرف بمقدار المقبوض . ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح
فالقول فيه لرب المال ،

المضارب ، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر
« رح » لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو (أي رب المال) ينكر ، والقول
قول المنكر ثم رجع (أي أبو حنيفة رحمه الله) إلى ما ذكره في الكتاب (أراد به
الجامع الصغير) لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض (قيد به ، لأن الاختلاف إذا
كان في الصفة فالقول لرب المال على ما يحىء (وفي مثله) أي وفي مثل الاختلاف في
مقدار المقبوض (القول قول القابض ضميناً كان) أي القابض كالفاسد (أو أميناً) أي
أو كان أميناً كاللودع . وقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن القول
للعامل . وعن الشافعي « رح » في وجه إذا كان في المال ربح تحالفاً والأصح هو الأول .
(لأنه) أي لأن القابض (أعرف بمقدار المقبوض) لأنه فعل نفسه ، فإذا كان القول
قول الضمين في ذلك فالأمين بطريق الأولى ، ألا ترى أنه لو أنكر أصل القبض كان القول
له ، فكذا إذا أنكر قبض بعضه ، كذا في الإيضاح .

(ولو اختلفا) أي رب المال والمضارب ، ذكر هذا تقريراً على ما تقدم (مع ذلك)
أي مع اختلافهما في المقبوض (في مقدار الربح) الجور يتعلق باختلاف في صورته . قال
رب المال رأس المال ألفان ، وشرطت لك ثلث الربح ، وقال المضارب رأس المال ألف
وشرطت لي نصف الربح (فالقول فيه) أي في الربح (لرب المال) وفي القدر للمضارب
وعليه نص أحمد وقول مالك وأبي ثور وابن المنذر . وقال الشافعي يتحالفان كالمبتاعين .
قلنا اليمين على المنكر بالحديث والمضارب يستحق ما يستحق بالشرط ، فكان مدعيّاً

لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام
البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للإثبات . قال ومن
كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح
ألفاً ، وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال ، لأن المضارب
يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو
ينكر . ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو
وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ، لأن
المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر .

للشرط ، بخلاف المتبايعين ، لأن كل واحد مدع ومنكر (لأن الربح يستحق بالشرط وهو
يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال ، لأنه يعلم بشرطه وهو منكر للشرط .
(وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للإثبات) أما رب
المال فانه يدعى فضلاً في رأس ماله فتقبل بينته فيه ، وأما المضارب فلأنه يدعي فضلاً في
الربح ، فكذا تقبل بينته .

(قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً ،
وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وإنما
يكون القول قول رب المال (لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته)
أي أو يدعي شرطاً من جهة رب المال (أو يدعي) المضارب (الشركة) أي في ماله
(وهو) أي رب المال (ينكر) والقول قول المنكر .

(ولو قال المضارب أقرضتني) هذا المال (وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة
أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ، لأن المضارب يدعي عليه التملك)
من جهته (وهو) أي رب المال (ينكر) والقول قول المنكر ، بخلاف ما لو ادعى رب
المال القرض والمضارب يدعي المضاربة حيث تكون البينة بينة رب المال والقول للمضارب

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب ، لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة ، لأن الأصل فيه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال ، لأنها اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته فيكون القول له . ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان

لأنهما اتفقا أن الأخذ كان بإذنه ورب المال يدعي ضماناً والمضارب ينكر فالقول له والبينة للمدعي ، ذكره في الإيضاح .

(ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب) في دعوى العموم مع يمينه (لأن الأصل فيه) أي في باب المضاربة (العموم والإطلاق) فيكون القول لمن يتمسك بالأصل ، وبه قالت الثلاثة . وقال زفر « رح » القول لرب المال ، لأن الإذن يستفاد من جهته (والتخصيص يعارض الشرط) أي تخصيص المضاربة بنوع يعارض الشرط من جهة رب المال وإلا فالأصل التعميم كما ذكرنا وهذا لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع أنواع التجارات ، فلو لم يكن العقد للعموم لم يصح العقد إلا بالتخصيص كما في الوكالة (بخلاف الوكالة ، لأن الأصل فيه الخصوص) ولا يثبت فيه العموم إلا بالتخصيص ، وإنما ذكر الضمير في فيه مع أنه راجع إلى الوكالة إما باعتبار التوكيل وإما باعتبار حذف المضاف ، أي لأن الأصل في باب الوكالة .

(ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً) بأن قال رب المال في البر وقال المضارب في الطعام (فالقول لرب المال ، لأنها اتفقا على التخصيص) لأن كلا منهما يدعي خصوصية نوع ، ولكن اعتبار قول من يستفاد الإذن من جهته أحق ، أشار إليه بقوله (والإذن يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال (فيكون القول له ، ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب) يعني إذا أقام البينة كانت بينة المضارب أولى (لحاجته) أي لحاجة المضارب (إلى نفي الضمان) عن نفسه (وعدم حاجة الآخر) أي ولعدم حاجة الآخر وهو رب المال (إلى البينة) لعدم الضمان من جهته .

وعدم حاجة الآخر إلى البينة . ولو وقتت البينتان وقتاً فصاحب
الوقت الأخير أولى ، لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

قال السفناقي في هذا مما يتأمل في صحته ، وإن كانت رواية الإيضاح تساعد ، لأن
رب المال يحتاج أيضاً إلى اثبات ما ادعاه ، بل بينة رب المال أولى بالقبول لاثباتها أمراً
عارضاً وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر ، كما في بينة
الخارج مع بينة ذي اليد ، وجعل صاحب الذخيرة بينها في دعوى الخصوص والعموم
واحداً ، وقال لأن العمل فيها ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولاً ، ثم نهى عنه
واذنه بالخصوص أو أذن له بالخصوص أولاً ، ثم أذن له بالعموم ، فإن لم توقت البينات
وقتاً على الشراء أو وقت احدهما دون الآخر بينة رب المال لتعذر العمل بهما ليعمل ببينة
رب المال ، لانه يثبت ما ليس بثابت فافهم .

(ولو وقتت البينتان وقتاً) بأن قال رب المال دفعته في البر في رمضان . وقال العامل
في الطعام في شوال (فصاحب الوقت الأخير أولى ، لأن آخر الشرطين ينقض الاول)
أي يفسخه ، فكان الرجوع اليه أولى .

فروع . نفقة عبد المضاربة في مال المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح
أو لا بلا خلاف دفع إليه العين . وقال أضف من عندك ألفاً أخرى يكون ألفان منهما
شركة والألف مضاربة بالنصف جاز ، خلافاً لبعض المالكية ، ويجوز ان يكون الرجل
عاملاً في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر . وقال أحمد « رح » لا يجوز إذا كان فيه ضرر
على الأول دفع ألفاً على أن له نصف وربعهما جاز بلا خلاف . ولو قال على أن لي ربح نصفها
جاز أيضاً عندنا وعند أبي ثور ، خلافاً للأئمة الثلاثة ، ولو اشترى العامل بالألف أمة
أو غنماً أو بقرأ أو مكبلاً أو موزوناً يساوي ألفين زكى حظه لظهور الربح ، وبه قال
الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية . وقال مالك « رح » وللشافعي « رح »
في قول وأحمد « رح » في رواية لا يزكى لعدم ملكه الربح قبل القسمة ، ولو اشترى
أمتين أو غنماً أو بقرأ أو برأ أو شعيراً لا يزكى لاختلاف الجنس ، فلا يظهر الربح ولا
يكتب المضارب قبل ظهور الربح بلا خلاف وبعد يفقد في حصته ولرب المال فسخها دفعاً
للضرر عن نفسه ، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز قبل ظهور الربح والله أعلم بالصواب .

كتاب الوديعة

قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها

(كتاب الوديعة)

ذكرها عقيب كتاب المضاربة ، لأن مبناهما على الأمانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع وهو الترك ، وشرعاً هي تسليط الغير على حفظ المال أي مال كان يشترط أن يكون قابلاً لإثبات اليد عليه ، حتى لو أودع الآبق أو الساقط في البحر أو الطير في الهواء لا يصح . وركنها الإيجاب والقبول ، فإذا وضع عند آخر ثوباً مثلاً ولم يقل شيئاً فذهب وذهب الآخر وضاع يضمن ، لأن هذا إيداع عرفاً ، وكذا لو قال هذا وديعة عندك بخلاف ما إذا قال الجالس لا أقبل فذهب وضاع حيث لا يضمن لأنه صرح بالرد . ولو ألقاه الريح في بيته كان قابلاً بالسكوت ، فإذا ضاع يضمنه . وكذا لو قال لصاحب المال أين أضاع ثيابي فقال ثمة فوضعه فسرق يضمن .

(قال) أي القدوري (الوديعة أمانة في يد المودع) بفتح الدال ، ويقال للمال أيضاً مودع بالفتح كما يقال وديعة . وما قيل أن الوديعة والأمانة لفظان مترادفان فلا يرتفعان على الابتداء والخبريه إلا بطريق التفسير ، كما يقال الليث أسد والحبس منع ، وليس المراد هنا التفسير ، فجوابه أن هذا من باب الإخبار بالعام عن الخاص وهو جائز إلا أن الأمانة أعم من الوديعة . وقال السفناقي « رح » الأولى أن يقال أن لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون ، فكان معنى قوله أمانة غير مضمون عليه ، وتبعه على ذلك الكاكي « رح » وفيه ما فيه لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعري انى علم هذا من أقسام الاعلام (إذا هلكت لم يضمنها) لأن المودع متبرع والتبرع لا يوجب ضمان حتى لو سرقته عنده ولم يسرق معها ماله لم يضمن عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك « رح » فإنه يضمن للتهمة إذا لم يسرق معه مال له .

لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على
المستودع غير المغل ضمان . ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع

(لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننها عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ولكن يتقدم المستودع على المستعير .

فإن قلت هذا الحديث ضعيف ، لأن الدارقطني قال عمر وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروى هذا عن قول شريح غير مرفوع ، ثم أخرجه من قول شريح ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء عبيدة يروى الموضوعات عن الثقات . قلت قول الدارقطني عمر وعبيدة ضعيفان جرح مبهم فلا يقبل . أما عمر بن عبد الجبار فهو ابن أخ عبيدة لم يعقبه أحد فيما نعلم ، غير أن ابن علي ذكره ولم يزد على قوله له مناكير . وأما عبيدة فهو بفتح العين وكسر الباب الموحدة ابن حسان البخاري وذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحاً ، ويؤيده ما رواه ابن ماجه عن المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال من أودع ودبعة فلا ضمان عليه .

ورواه ابن حبان من حديث لهيعة عن عمرو بن شعيب لا به ، وأعله بابن لهيعة هو عبدالله بن لهيعة المصري وثقه احمد واثنى عليه ، والعجب من شراح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث ولا سيما الأتراسي الذي يدعي بدعوى عريضة في الحديث ، ولم يزد في شرحه على قوله فيه نظر ، لأن أبا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث وكذلك الزيلعي الذي أخرج أحاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث إلى مخرجه وذكر ما قالوا فيه من الطعن وسكت ، قوله غير المغل من الاغلال بالفتن المعجمة وهو الخيانة والمعنى غير الخائن ، وكذلك الغلول الخيانة ولكنه يستعمل في الغنم والإغلال عام .

(ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع) وهو طلب ترك الدبعة عند غيره يقال أودعت فلاناً ماله واستودعته إياه إذا لم يدفعه إليه ليكون عنده فأنت مودع ومستودع بكسر

فلو ضمنناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال
وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله

الدال فيها ، وزيد مودع ومستودع بفتح الدال فيها (فلو ضمنناه) أي المودع بفتح الدال
(يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم) لأن كل واحد يمتنع عن قولها فلا ضمنناه ،
أي المودع بفتح يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم لأن كل واحد يمتنع عن
قبولها خوفاً من الضمان ، والناس محتاجون إلى ذلك فيؤدي إلى ضرر بهم .

(قال) أي القدوري (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله) نحو زوجه
وولده ووالديه وأجيره الخاص وهو الأجير مشاهرة أو مشابهة ، وعبدته وأمنته ، وبه قال
مالك وأحمد « رح » ، وقال الشافعي واشهب المالك « رح » يضمن بالدفع المبهم . وفي
الكافي العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة ، حتى لو أودعت المرأة وديعتها إلى زوجها
لا تضمن ، وإن لم يكن الزوج في نفقتها والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع ولم يلزمه
نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة ولم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال ،
بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه من كان ماله في يده ، ثم قال يعني
به الأجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد المأذون الذي في يده مال والشريك المتفاوض
والعنان وإن لم يكونوا في عياله .

وفي الذخيرة الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان في عياله أميناً وإلا فلا يجوز . وفي
فتاوى أبي الليث رجل غاب وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع
وطلب الوديعة فلم يجدها فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج ، وإن كانت غير
أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن ، وذكر أبو الليث أيضاً في
خزانة الفقه لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة أشياء التقصير في حفظها وخلطها بماله ومنعها
عن مالها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة إليهم ولا يضمن
عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير ، ثم قال فيها شيان لا يوجبان الضمان مع
الخلاف إذا قال لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها وقال احفظها في هذا البيت فحفظها في
بيت آخر في تلك الدار ، وقال في آخر شرحه الجامع الكبير المودع أو دفع الوديعة
إلى عامله يعني إلى الذي المودع في عياله لم يضمن . وقال الإمام الزاهد العتابي هذه الرواية

لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ، ولأنه لا يجد بدأ من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولاستصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به . فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن ، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره ، والأيدي

لم توجد إلا في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير .

(لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانه لا يجد بدأ) أي فواقعاً ، وهو اسم من بده بدأ إذا فوّه والمصدر بفتح الباء ، نقول بده بدأ (من الدفع) أي دفع الوديعة (إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) في جميع الأوقات لأنه يخرج في قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات (ولاستصحاب الوديعة في خروجه) أي ولا يمكنه أن يأخذ الوديعة عند خروجه من بيته (فكان المالك) أي صاحب الوديعة (راضياً به) أي يحفظها بمن في عياله دلالة وإن لم يكن صريحاً وفي الاختيار ولهذا لا يصح نهي ، يعني إذا نهى المالك أن يحفظها بمن في عياله لا يصح نهي لما ذكرنا . وقال أيضاً ولو قال لا تدفعها إلى شخص عينه في عياله بمن لا بد له منه فإن لم يكن له عيال سواء لم يضمن وإن كان له سواء يضمن ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال .

(فإن حفظها بغيرهم) أي فإن حفظ المودع الوديعة منه غيرهم أي عند غير من هو في عياله بأن يخرج من بيته وترك الوديعة واستحفظها بغيره (أو أودعها عند غيرهم) أي عند غير من في عياله بأن نقلها من بيته وترك الوديعة فيه ودفعها إلى أجنبي وديعة (ضمن) في الوجهين جميعاً وما قيل إن كان ينبغي أن لا يضمن بالإيداع لأنه ذكر فيها . قيل لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره في الوجه الذي يحفظ مال نفسه بنفسه فكان له استحفاظها في استحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله ، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي مختلفة في الأمانة . وأما المراد عن كلامه الأول أن يحفظ مال نفسه غالباً ، فإن الغالب هذا (لأن المالك رضي بيده) أي بيد المودع لتوثقه به (لا بيد غيره والأيدي

تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره
والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون
حافظاً بحرز نفسه . قال إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى
جاره أو يكون

تختلف في الامانة) قرب يد يتوثق بها المودع ولا يتوثق بها المالك ، وكذا
على العكس .

(ولأن الشيء لا يتضمن مثله) أى لا يستتبع مثله (كالوكيل لا يوكل غيره) . نوقض
هذا بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب حيث يجوز للمستعير الإعارة وللمأذون أن يأذن
لعبد ، والمكاتب أن يكاتب عبداً حتى أجاز ابن أبي ليلى إيداع المودع قياماً على هذا
وأجيب بأن تصرف هؤلاء بالملك لأن المستعير مالك للمنفعة ، وكذا المأذون والمكاتب
وكلاهما منافي غيره .

(والوضع) أى وضع المودع الوديعة (في حرز غيره ايداع) أى إيداع المودع
الوديعة وهو مصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف وارتقاؤه على انه خبر عن المبتدأ ،
أعني قوله والوضع ، وإنما كان إيداعاً لأن الحرز في يد غيره فصار بالوضع فيه مسلماً إليه
وهو إيداع ، فإذا كان إيداعاً يكون ضامناً كالإيداع الحقيقي (إلا إذا استأجر الحرز
فيكون حافظاً بحرز نفسه) لأنه بالاستئجار صار الحرز له ، وإن كان الملك لغيره وقد
نستأجر البيوت لحفظ الامتعة .

(قال) الاستثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمنه (إلا أن يقع في داره حريق) أى
فار ، كذا فسر البعض ، والصحيح أنه إسم للاحتراق ولم يذكر أهل اللغة انه اسم النار
(فيسلمها إلى جاره) بنصب اللام ، أى فإن يسلمها لأنه عطف على أن يقع . قال الحلواني
إذا أحاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه أن يدفعها إلى بعض من عياله ، فلو أمكنه ^(١) إلى
بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي (أو يكون) بالنصب ايضاً عطفاً إلا أن يقع

(١) هنا كلمة غير مقروءة ولعلها دفعه .

في سفينة فخاف الغرق فيلقبها إلى سفينة أخرى لأنه تعين طريقاً
للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك
إلا بنيته ، لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب
فصار كما إذا ادعى الإذن في الإبداع . قال فإن طلبها صاحبها فمنعها
وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع ، وهذا لأنه لما طالبه
لم يكن راضياً بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه .

أى أو إلا أن يكون (في سفينة فخاف الغرق) بقاء العطف وهو عطف الماضي على
المضارع في الصورة . وفي نسخ القدوري «رح» يخاف الغرق بالمضارع الواقع حالاً ، والغرق
مصدر غرق في الماء (فيلقبها إلى سفينة أخرى) بنصب اللبأ في فيلقبها عطفاً على أن يكون
وإن عطفته على فخاف يكون مرفوعاً ويكون عطف المضارع على الماضي (لأنه) أى لأن
كل واحد من التسليم إلى الجار وإلا أبقاه في السفينة (تعين طريقاً للحفظ في هذه
الحالة فيرتضيه المالك) دلالة لأنه لا يمكنها أن يحفظ في هذه الحالة إلا بهذا الطريق .

(ولا يصدق على ذلك) أى لا يصدق المودع على الفعل المذكور (إلا بنيته ، لأنه
يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان) وهو التسليم إلى جاره ، وفي المنتقى
هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق ، فإذا علم قبل قوله بلا بينة (فصار كما إذا ادعى
الإذن في الإبداع) ، فلا يصدق إلا ببينة ، لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقيق السبب .

(قال) أي القدوري «رح» (فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر) أى
والحال أنه يقدر (على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا) أى وجوب الضمان لكونه متعد
بالمنع (لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه) أى بامساك المودع الوديعة (بعده) أى
بعد الطلب (فيضمنها) أى إذا كان كذلك فيضمنه ، أي يضمن الوديعة ، وإنما ذكر
الضمير باعتبار المودع بفتح الدال ، لأنه اسم للوديعة ، وإن جعل هذا من التضمن يعود
الضمير إلى المطلوب ، أعني المودع ، أى فيضمن المالك المودع (بحبسه عنه) أي بحبس
المودع الوديعة عن المالك .

قال وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل
للمودع عليها عند أبي حنيفة . وقالوا إذا خلطها بجنسها شركه
إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود ،
والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير .

(قال) أي القدوري (وإن خلطها المودع) بفتح الدال خلط المودع والوديعة (بماله
حتى لا يتميز) فإن خلط الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم (ضمنها) لأنه استهلاك على
ما يأتي وبه قالت الثلاثة في غير خلط الجنس بالجنس ، والخلط على أربعة أوجه : خلط
بطريق المجاورة مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز
باللوز ، فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف ، فيمكن المالك من الوصول إلى غير حقه بلا
خرج وخلط بطريق المجاورة مع تفسير التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطع
حق المالك ويوجب الضمان بلا خلاف ، لأنه لا يصل المالك إلى حقه إلا بخرج ، والمتعذر
كالمتعسر ، لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر
التمييز حقيقة ، ويتعذر أيضاً حكماً بالقسمة لا خلاف الجنس ، فإن القسمة عند اختلاف
الجنس غير مشروع وخلط الجنس مع خلاف الجنس مازجة كخلط الحل بالحاء المهمة ،
وهو دهن السمسم بالزيت وكل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف ، لأنه استهلاك
مطلقاً وخلط الجنس مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مع دهن
الجوز ، وخلط اللبن والحنطة بالحنطة والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
فعند أبي حنيفة « رح » يضمن وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وعندهما لا ينقطع حق
المالك بل له الخيار إن شاء ضمن وإن شاركه وقال مالك « رح » شاركه بلا خيار .

(ثم لا سبيل للمودع) بكسر الدال صاحب الوديعة (عليها) أي على الوديعة
(عند أبي حنيفة رضى الله عنه . وقالوا إذا خلطها بجنسها شركة ان شاء) أى شركة المودع
المودع إن شاء المودع بالكسر (مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض) بكسر الباء
جمع أبيض (والسود بالسود) بضم الشين جمع أسود ، أي الدراهم السود بالدراهم السود
(والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير) .

لهما انه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة
معه فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء . وله
أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ،
ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها .
ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لا حق له
إلا في الدين وقد سقط . وعندهما بالإبراء

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد « رح » (انه) أي أن المودع بالكسر (لا يمكنه الوصول
إلى عين حقه صورة وأمكنه) أي الوصول إلى حقه (معنى) أي حكماً (بالقسمة معه)
لأن القسمة فيما لا تتفاوت في إجارة إفراز وتعيين ، حتى يملك كل واحد من الشريكين أن
يأخذ حقه عيناً من غير قضاء ولا رضى ، فكان إمكان الوصول إلى غير حقه قائماً معنى
بخير (فكان) أي هذا الخلط (استهلاكاً من وجه) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه
صورة (دون وجه) حيث أمكنه معنى (فيميل إلى أيهما شاء) أي الوجهين شاء
لما ذكرهما .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي أن هذا الخليط (استهلاك من كل وجه
لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه) لأن عين حقه بالصورة والمعنى ، والتحقيق
فيه أن الاستهلاك من العباد التعيب ، فأما انعدام الحل فبتحليف الله تعالى والتعيب قد
وجد ، فصار متعدياً ضامناً لا شريكاً فلا يباح له التناول قبل أداء الضمان ، كذا في
البدرية (ولا معتبر بالقسمة) أي لا اعتبار هو مصدر ميمي (لانها) أي لان القسمة (من)
موجبات الشركة (أي أحكامها) (فلا تصلح) أي القسمة (موجبة لها) أي للشركة
لانه ينقلب حكماً والحكم علة .

(ولو أبرأ الخالط) بنصب الطاء ، أي ولو أبرأ المالك المودع الخالط ذكر هذا فائدة
للخلاف المذكور (لا سبيل له على المخلوط) أي لا يبقى للمبر طريق على المخلوط (عند
أبي حنيفة « رح » لانه لا حق له إلا في الدين وقد سقط) بالإبراء (وعندهما بالإبراء

يسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في المخلوط و خلط الخل بالزيت ،
وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا
بالإجماع لانه استهلاك صورة ، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار
اختلاف الجنس . ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في
الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر ، فتعذر
التمييز والقسمة .

يسقط خيرة الضمان) أى خيار الضمان والخيره بكسر الحاء وفتح الياء آخر الحروف اسم
للاختيار كالطيرة بالكسر التطير ، وهذه الصيغة في المصدر قليلة (فتعين الشركة في
المخلوط) يعنى تصير شركة بلا خيار و خلط دهن اللوز بدهن الجوز (و خلط الخل
بالزيت) أى خلط دهن السمسم بالزيت وهو بالحاء المهمة كما ذكرناه ، وارتفاع الخلط
بالابتداء (وكل مائع بغير جنسه) يجر كل عطفاً على الخل ، أى و خلط كل مائع بغير
جنسه كالعسل باللبس والرب بالقطارة والسمن بالدهن (يوجب انقطاع حق المالك) وهو
خبر مبتدأ إلى الضمان في محل النصب على الحال ، أى يوجب انقطاع حق المالك منتهاً
(إلى الضمان ، وهذا) أى وهذا الحكم وهو وجوب الضمان (بالإجماع ، لانه
استهلاك صورة) وهو ظاهر (وكذا معنى) أى كذا هو استهلاك معنى أحكامها
(لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) فتعين المصير إلى الضمان .

(ومن هذا القبيل) أى من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة بالشعير)
ارتفاع الخلط بالابتداء وخبره مقدم وهو من هذا القبيل (في الصحيح) احتراز به عما
روى الحسن أن الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف ، والصحيح أن
حق المالك ينقطع بالإجماع . وقال شمس الأئمة البيهقي في كتاب الغصب من الكفاية روى
الحسن في مسألة الحنطة بالشعير عن أبي حنيفة مثل قولهما (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات
الآخر) لما في الحنطة حبات للشعير ، وفي الشعير حبات الحنطة (فيتعذر التمييز والقسمة)
لاختلاف الجنس وقد ذكرناه . وما قيل أن تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب في ماء

ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة «رح» ينقطع حق المالك
إلى الضمان لما ذكرنا . وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر
اعتباراً للغالب لإجزاء . وعند محمد «رح» شركة بكل حال ،
لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ، ونظيره
خلط الدراهم بمثلها إذابة ،

فيرسب الحنطة ويطفوا الشعير ، فجوابه أن هذا افساد المخلوط في الحال ، مع أن الراسب
يمكن أن يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير ، وفي الطافي يكون من حبات
شعير صاحب الحنطة .

(ولو خلط المائع بجنسه) بأن خلط السيرج بالسيرج أو الزيت (فعند أبي حنيفة
رضي الله عنه ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا) أشار به إلى ما ذكر من قوله لأنه
استهلاك من كل وجه .

(وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر) فيضمن صاحب الكثير القليل (اعتباراً
لـلغالب إجزاء) أي من حيث الإجزاء والفرق لأبي يوسف «رح» بين خلط المائع من
خلاف جنسه وبين خلط المائع بالمائع بجنسه ، فإن في خلاف الجنس يقطع حق المالك
بالإجماع لأن التداخل والشيوع في المائعات أكثر ، فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف
الجنس فيتحقق ، يعني الاستهلاك أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلها مائع لما أن الخاصية
باقية ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(وعند محمد شركة بكل حال) يعني سواء كان أحدهما غالباً أو مغلوباً أو كانا
متساويين (لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده) أي عند محمد رحمه الله (على ما مر في
الرضاع) من أن الصبي إذا شرب لبن امرأتين بأن جعل لبنهما في قدح ثم صب في حلق
فعند أبي يوسف العبارة للأكثر ، وعند محمد يشبث الرضاع منهما جميعاً (ونظيره) أي نظير
الحكمة المذكورة وهو خلط المائع بجنسه (خلط الدراهم بمثلها إذابة) أي من حيث
الإذابة في النار ، أراد أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند أبي حنيفة رحمه الله

لانه يصير مانعا بالإذابة . قال وإذا اختلطت بماله من غير فعله
فهو شريك لصاحبها ، كما إذا انشق الكيسان فاختلطاً ، لانه
لا يضمنها لعدم الصنع

ينقطع حق المالك بكل حال . وأبو يوسف « رح » يجعل الأقل تابعاً للأكثر في رواية عنه .
وقال محمد « رح » الشركة بكل حال على أصله (لأنه يصير مائعاً بالإذابة) الضمير في لأنه
يرجع إلى الدراهم ، وكان ينبغي أن يقول لأنها تصير مائعة ، ولكن التذكير إما باعتبار
الدراهم ورقاً بكسر الراء ، وأما باعتبار المذكور وكل ذلك لا يخلو عن نوع تعسف .

(قال) أي القدوري (وإذا اختلطت) أي الوديعة (بماله) أي حال المودع بفتح
الดาล (عن غير فعله فهو شريك لصاحبها) أي لصاحب الوديعة (كما إذا انشق الكيسان
فاختلطاً) بأن كان في صندوقه كبده فمط كيس الوديعة فانشق الكيسان
من ذاتها أو بقرض قارة ونحوها فاختلط المالان ، وهذا الكلام بيان لقوله من غير فعله
(لأنه) أي لأن المودع (لا يضمنها) هذا تعليل لقوله فهو شريك لصاحبها ، وكان حق
ترتيب الكلام أن يقال وإن اختلطت بماله من غير فعله كما إذا انشق الكيسان فاختلطاً
فهو شريك لصاحبها ، لأنه لا يضمنها (لعدم الصنع) منه أي من المودع بالفتح ، أي
الصنع الموجب الضمان .

قال السفناقي ولو تمسكن تفسير ذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة في كيس
بال ، ولكن المختلط بينهما بقدر ملكها . قلت كلام يومهم أن الكيس إذا كان جديداً
يضمن ولا يكون شريكاً وليس كذلك ، وإنما عدم الضمان على عدم الصنع منه سواء كان
الكيس جديداً أو بالياً . وفي الكافي للحكم الحميد فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت
بدراهم المودع فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان . وإن هلك بعضها هلك من مالها جميعاً ويقسم
الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني أو مكسرة ، فإن كان دراهم أحدهما
صحاحاً ، ودراهم الآخر مكسرة لا تثبت الشركة بينهما ، بل يميز كل واحد منهما فيدفع
إلى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لإمكان التمييز ، وإن كان دراهم أحدهما
صحاحاً جياداً وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحاً رديئاً وفيها بعض الجياد

فيشتركان وهذا بالإتفاق . قال فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله
مخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأن خلط مال غيره بماله فيكون
استهلاكاً على الوجه الذي تقدم .

ثبتت الشركة بين المالكين ، لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ، ثم كيف يقتسمان إن
تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياذ وثلثه رديء وثلثه جيد يقتسمان الجياذ من المال
المختلط أثلاثاً والردية أثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما وإن لم يتصادقا وكان
لا يعرف وادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياذ وثلثه رديء ويأخذ كل واحد منهما
ثلث الجياذ ، لأنهما اتفقا على أنه كان لكل واحد منهما ثلث الجياذ فيأخذان ذلك .

واختلفا في ثلث الآخرين يدعي كل منهما لنفسه وذلك الثلث في أيديهما في يد كل
واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحد منهما في
مائدة ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه ، فإن حلفا برئنا عن الدعوى وترك المال في
أيديهما كما كان ، وإن نكلا قضى لكل منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في
يد صاحبه ، وكذلك إن قامت لكل منهما بيينة ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر
برىء الحالف فيرد التنا كل نصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه .

(فيشتركان) أى المودع والمودع (وهذا بالاتفاق) أي الحكم المذكور بالاتفاق
بين علمائنا ، فإن ملك البعض كان في مالهما جميعاً ، إذ الأصل في المال المشترك أن يكون
المالك والباقي على الشركة .

(قال .) أى القدرورى (فإن أنفق المودع بعضها) أي بعض الوديعة (ثم رد مثله
فخلط بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي
تقدم) أى مثل ما أنفق قيد بالاتفاق ورد المثل ، لأنه لو أخذه لأجل الإتفاق ثم رده قبل
الإتفاق لم يضمن ، لأنه إن حالف عاد إلى الوفاق ، كذا في المبسوط . وقال الشافعى
رحمه الله في قول ومالك رحمه الله يضمن الكل لو أنفق البعض ولم يرد شيئاً يضمن الكل
عندهما ما أنفق ، لأن الغرامة بقدر الحيازة فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط

قال وإذا تعدى المودع والوديعة بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوباً
فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها
إلى يده زال الضمان . وقال الشافعي « رح » لا يبرأ عن الضمان ،
لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد
على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد

مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم . وفي الذخيرة هذا إذا لم يعمل
علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة ، أما إذا جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما
اتفق ، وقال الشافعي « رح » في قول لا يضمن إلا ما اتفق في الوجهين وبه قال أبو القاسم
المالكي وأحمد « رح » . وقال الربيع يضمن الجميع إذا لم يتميز .

(قال) أي القدوري (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً
فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره) أي أودع المودع الوديعة عند غيره (ثم
أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان) إنما قال زال لأن الضمان وجب عليه بنفس
الركوب ، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف . وفي التحفة وفي المستاجر
والمستعير إذا خالفاً ثم تركا الخلاف بقي الضمان ، وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع .
وفي خلاصة الفتاوى وفي الإجارة والإعارة الأصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود
إلى الوفاق .

(وقال الشافعي « رح » لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً
للمنافاة) بين كونه ضامناً وبين كونه أميناً ، وإذا ثبت كونه ضامناً انتفى كونه أميناً
وهو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد (فلا يبرأ إلا بالرد
على المالك) فلم يوجد ويضمن ، وبه قال مالك « رح » في رواية وأحمد « رح » في رواية
ابن القاسم وأشهد يبرأ كقولنا .

(ولنا أن الأمر) أي بالحفظ وهو الإيداع (باق لإطلاقه) أي لإطلاق الأمر ، لأن
قوله إحفظ هذا المال يتناول جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله (وارتفاع حكم العقد)

ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي

جواب عن قول الشافعي « رح » لأن عقد الوديعة ارتفع ، وحكم العقد هو الحفظ وارتفاعه على الابتداء ، وخبره قوله (ضرورة ثبوت) أي لأجل ضرورة ثبوت (نقيضه) لأجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد ، لأن بطلان الشيء بما ينفيه ، والاستعمال ليس بموضوع لإبطال الإيداع ولا ينفيه (فإذا ارتفع عاد) أي نقيض (حكم العقد) بالعودة إلى الوفاق عاد وحكم العقد وهو لزوم الحفظ المأمورية ، لأن الإرتفاع كان لضرورة ثبوت العقد كما ذكر . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه وعرض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود ، فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كاعتراف بعد الجحود .

والجواب بما ذكرنا أن بطلان الشيء بما ينفيه أو بما هو موضوع لإبطاله ، فلا تكون المخالفة وداله من الأصل وهي ليست بموضوعة لإبطال الإبداء ، ولا ينفيه . ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل ، بخلاف الجحود ، فإنه قول موضوع للرد ، ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ودلها يكفر به . والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست رداء ، ولهذا لا يكفر ^(١) .

(كما إذا استأجره) تنظير المسألة الوديعة بالاستئجار أي كما إذا استأجر رجل رجلاً (للحفظ شهراً) أي لحفظ متاعه مدة شهر (فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي) فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

فإن قلت هذا النظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عنده لازم فلا يرتد برده ، بخلاف ما نحن فيه ، قلت العقد اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود

(١) هكذا جرى السياق في الأصل ، وفيه كلام غير مضطرد .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها ،
لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك
غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته ، والجحود فسخ
من جهة المودع كجحود الوكيل

عليه ، ثم في الاستئجار ورده العقد على منفعة الحفظ في المدة ، والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً
فيترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ، ويكون باقياً لبقاء العقد عليه ،
فكذا في الحفظ بغير بدل .

فإن قلت المستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ ، وكذا المستعير إذا
خالف ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ . قلت لأن البراءة إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك ، إما
حقيقة وإما تقديرأ ، ويد المستأجر أو المستعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من
الحل والمالك فيما يتصرف في الحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان ،
خلافًا لزفر اعتباراً بالوديعة .

(فحصل الرد إلى نائب المالك) هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك .
ووجه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً ، هذا جواب عن قوله
فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ووجه أن المودع نائب المالك ، ووجه أن المودع نائب
بذلك ، فإذا ارتفعت المخالفة عاد مودعاً جعل الرد نائب المالك^(١) .

(قال) أي القدوري (فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) أي الوديعة ، وقيد
بالجحود عند الطلب ، لأنه إذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن ، كذا في
الخلاصة (لأنه) أي لأن صاحب الوديعة (لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد
ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد (إذ المطالبة بالرد رفع من جهته) أي
رفع للعقد من جهة المالك (والجحود فسخ من جهة المودع) بفتح الدال (كجحود الوكيل

(١) هكذا الكلام مكرر في الأصل .

الوكالة . وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، ولأن المودع يتقرر بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل . وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق .

(الوكالة) يعني بمحضر من الموكل ، وذلك لأنه ترك الإلتزام فكان فسخاً . ونقل في الأجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد « رح » ، إذا وكل ثم قال لم أوكله لم يكن رجوعاً وعزلاً عن الوكالة . ونقل عن وصايا الأصل إذا أوصى ثم انكر الوصية فقال لم أوص فهو رجوع . قال في الجامع لا يكون رجوعاً ، وفي نوادر ابن شجاع عن محمد « رح » ، إذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص له لم يكن رجوعاً . ولو قال أشهد أنني لا أوصي له فهو رجوع ، وكذلك لو وكل وكيلاً يبيع عبداً له ثم قال أشهدوا أنني لم أوكله فهو كذب ، وهو وكيل . ولو قال إني لا أوكله ببيع العبد فهو عزل ، ولو شهدوا عليه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت به يكون ذلك توبة ورجوعاً عنه .

(وجحود أحد المتعاقدين البيع) أي وكبحود البائع أو المشتري حصول البيع (فتم الرفع) أي إذا كان الأمر كذلك فتم العقد رفع العقد عنهما (أو لأن المودع) إشارة إلى تعليل ثان (ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع) بكسر الدال (كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع) أي العقد (لا يعود إلا بالتجديد) أي بتجديد العقد (فلم يوجد الرد إلى نائب المالك) يعني بنفس المودع ، لأنه نائب المالك يحجود احتاج إلى التجديد فلم يوجد فلم يكن رداً إلى نفسه ، أعني المودع بالفتح فيضمن .

(بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق) أراد بالخلاف الأول الخلاف في الحكم ، وبالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل ، يعني إذا خالف فعلاً ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله ، لأنه باق إذا الخلاف ليس برد الأمر ، لأن الأمر قول ، ورد القول بقول مثله ، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر ، لأن الجاحد يكون متمكناً للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره . وفي الزيادة هذا كله إذا جحد الوديعة في

ولو جردها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف «رح» ، خلافاً
لزفر «رح» ، لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ ، لأن فيه قطع
طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه
فبقي الأمر ،

المنقول ، أما لو جردها في العقار قال السرخسي لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف «رح» في جميع الوجوه . ومن المشايخ من قال العقار يضمن بالجحود بلا خلاف
وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما . وقال الحلواني في ضمان الجحود في العقار عن
أبي حنيفة «رح» روايتان .

(ولو جردها عند غير صاحبها) بأن قال أجنبي ما حال وديعته (لا يضمنها عند
أبي يوسف «رح» خلافاً لزفر «رح») وإنما خص قول أبي يوسف «رح» بالذكر وإن
كان عدم الضمان هو قول أصحابنا الثلاثة . قيل لأن هذا الفصل لم يكن مذكوراً في
مبسوط محمد «رح» وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب «رح» . فأورده كذلك . وفي
النهاية أو جردها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عندك
ليشكره على حفظها فجردها لا يضمنها عند أبي يوسف «رح» وروى بشر عن أبي
يوسف إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها ،
لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ ، كذا في الذخيرة . وجه قول زفر
«رح» أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره ، كالإتلاف حقيقة .

وجه قول أبي يوسف ما ذكره بقوله (لأن الجحود عند غيره) أي غير المودع (من
باب الحفظ ، لأن فيه قطع طمع الطامعين) عن الوديعة ، فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة
(ولأنه) أي ولأن المودع بفتح الدال (لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه) أي من
المالك وهو ما عزله (أو طلبه) أي أو بغير طلبه ، أي طلب المالك ، لأن العقد قائم بهما
فلا يرتفع إلا بهما (فبقي الأمر) أي العقد باعتبار بقائه ليد المالك فلا يضمن ، وبه
قالت الثلاثة .

بخلاف ما إذا كان بحضرته. قال وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة «رح» .

(بخلاف ما إذا كان) أى الجحود (بحضرته) أى بحضرة المالك وقد مر وجهه . وفي الاجناس أما المودع إذا جحد الوديعة كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول انه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن ، وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن ، وفي المنتقى إذا كانت الوديعة أو العارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها . وفي الاجناس الامانة تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل ، إحداهما : متولى الوقف إذا مات ولا يعرف حال علتها الذى أخذها ولم يبين الاحتمال عليه ، ذكره في كتاب الوقف هلال البصري .

والثانية : السلطان إذا خرج الى الغزو وغنموا فأودع بعض الوديعة بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه ، ذكره في السير الكبير .
والثالثة : أحد المتفاوضين في يد مال الشركة ومات ولم يبين لا ضمان عليه ، ذكره في الاصل .

وفي الواقعات إذا قال دفعت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضعها ، وهذا على وجهين ، إما انه لو قال دفعتها في داري أو في كرمي أو في موضع آخر ، ففي الوجه الاول والثاني لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب ، لانه ليس بتضييع ، وفي الوجه الثالث يضمن لانه تضييع ، ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم إذا ادعى المستودع ضياع الوديعة منذ عشرة ايام فقال صاحب الوديعة أنا أقيم البينة انها كانت في يدي منذ يومين . وقال المستودع وجدتها بعد ذلك فضاغت صدق . فإن قال حين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتها فضاغت ضمن .

(قال) أي القدوري (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة «رح») وفي شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة لا في موضع واحد ، وهو أن يكون طعاماً كثيراً فانه يضمن استحساناً إذا سافر به لا قياساً . وقال الإمام الاسييجابي في طريقة الخلاف اذا كان له حمل ومؤنة فعند أبي حنيفة لا يضمن

وقالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي « رح »

ليس له ذلك في الوجهين

سواء كان السفر قريباً أو بعيداً . وقال محمد « رح » يضمن سواء كان قريباً أو بعيداً . وقال أبو يوسف « رح » إن كان بعيداً يضمن وإلا فلا ، ثم قال وأجمعوا إن كان الطريق مخوفاً يضمن كيفما كان ، ثم قال واجمعوا على أنه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن . وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وأجمعوا على أن الأب والوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه قالوا إن قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن ، وإن أطلق فسافر به لا يضمن إذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة . ثم الواو في قوله وإن كان للوصي والضمير في أوله يرجع إلى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لأنه يطلق على الوديعة وعلى الذي يقبلها أيضاً كما علم من قبل . وقال الكاكي بمال الوديعة وفيه نظر لا يخفى . والحمل بفتح الحاء مصدر حمل الشيء يقال ماله حمل ومؤنة ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو خبرة حمال . وفي الأصل ما له مؤنة في الحمل وهذا هو الأوجه .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (ليس له ذلك) أي السفر بالوديعة (إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي « رح » ليس له ذلك في الوجهين) أي فيما له حمل ومؤنة وفيما ليس له ، وبه قال مالك ، وإذا قدر أن يردها على صاحبها ووليه أو الحاكم أو أمين . فأما إذا لم يقدر على أحد منهم لا يضمن للضرورة . وللشافعي في نقلها من قريته إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان ، وهذا الخلاف إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان مخوفاً ضمن بلا خلاف ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذا ذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن ، لأنه أمكنه تركها في أهله ، ثم إطلاق قولها ليس بوضع الجامع الصغير ولا المبسوط ، فإنه ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخرج خلافاً للشافعي « رح » .

واختلف أصحابنا بعد ، فقال أبو حنيفة لا يضمن قصر الخروج أو طال ، وكان له حمل ومؤنة أو لا . وقال أبو يوسف إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال ، وإن طال لم

لأبي حنيفة «رح» إطلاق الأمر والمفاضة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، فالظاهر أنه

يضمن إلا فيما له حمل ومؤنة . وقال كذلك إلا فيما له مؤنة فإنه لا يملك وأن يخرج به قصر أو طال . وفي المبسوط بعدما ذكر قول أبي حنيفة قال إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها ، وإذا بعدت ليس له ذلك .

(لأبي حنيفة إطلاق الأمر) أي أمر الأمر ، لأنه أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان (والمفاضة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضى الجواز ، لكن المانع عنه متحقق ، وهو كون المفاضة ليس محلاً للحفظ . فأجاب بقوله والمفاضة إلى آخره قيد بقوله آمناً لأنه إذا لم يكن آمناً أريحه الضمن (ولهذا) أي ولكون المفاضة محلاً للحفظ (يملكه الأب والوصي في مال الصبي) أي يملك السفر الأب والوصي بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك .

فإن قلت بمسافرتهم بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك . فإن قلت بمسافرتيما بمال الصغير للتجارة والناس يخاطرون بها تطمع الربح والمودع ليس كذلك ، لأنه ليس له حق التصرف والاسترباح فيها ، فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً . قلت هذا توضيح الاستدلال ، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح ، لأن ولايتهما على مال الصغير نظرية وأولى وجوه النظر غايته عن مواضع التلف ، فلو كان في وهم السرورم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف . هذا حاصل ما ذكره السفناقي وتبعه على ذلك صاحب الغاية وصاحب العناية ، ولكن هو محل المناقشة ، فإن لقائل أن يقول لا نسلم جواز سفر الأب أو الوصي بمال الصغير ، لأن الله أمر بالأحسن في قربان مال اليتيم فابن الأحسن والحسن في المسافرة بماله ، ولا نسلم عدم كون السفر وهم التلف ، وكون السفر مظنة التلف ومتحقق لا ينكر خصوصاً في قيام الفتن بين الخلف .

(ولهما أنه يلزمه) أي أن المالك يلزمه (مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه

لا يرضى به فيقيد به . والشافعي « رح » يقيده بالحفظ المتعارف وهو
الحفظ في الأمصار وصار كالإستحفاظ بأجر . قلنا مؤنة الرد يلزمه في
ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به ، والمعتاد كونهم في المصر
لا حفظهم ، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف
الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان
العقد ، وإذا نهى المودع

لا يرضى به فيقيد به (أي سفره بما ليس له حمل ومؤنة ، لأن فيما له حمل ومؤنة إضرار
عليه ، فان قلت كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة . قلت باعتبار موت المودع في
طريق فانه حينئذ يلزم المالك مؤنة الرد .

(والشافعي « رح » يقيده) أي يقيده حفظ الوديعة (بالحفظ المتعارف وهو الحفظ
في الأمصار) أي أسباب الصيانة تنهياً في الأمصار من كل وجه وفي غيرها من وجه دون
وجه (وصار كالاستحفاظ بأجر) أي صار حكم الوديعة في الحفظ ، كما إذا استأجر
رجلاً ليحفظ متاعه شهراً بدرهم فانه لا يسافر ، فلو سافر به يضمن .

(قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه) هذا جواب عن قولهما يعني مؤنة الرد يلزم المالك
في ملكه . تقديره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بمعنى من قبل المودع ، بل
انما ذلك (ضرورة امتثال المودع أمره) فإنما أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو بمعنى
يرجع إلى المالك (فلا يبالي به) أي يلحق المؤنة ، لأنه ضروري وضمني (والمعتاد
كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي « رح » ، أي المتعارف كون أهل الأمصار
في المصر يعني المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر (لا حفظهم) أي ليس المعتاد
حفظ المودعين في المصر ، ثم أوضح ذلك بقوله (ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها)
كأهل الحياض والახبية ، فإنهم يحفظون أموالهم في المفازة ولا ينقلونها إلى الأمصار .

(بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد)
أشار بهذا إلى أن قياس الشافعي « رح » بالفارق فلا يجوز (وإذا نهى المودع) بكسر

أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في
المصر أبلغ فكان صحيحاً . قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة
فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر
عند أبي حنيفة «رح» . وقال يدفع إليه نصيبه . وفي الجامع
الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن
يأخذ نصيبه عنده . وقال له ذلك ،

الدال إذا نهى المودع رب المال (أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد ،
اذ الحفظ في مصر أبلغ فكان صحيحاً) أي فكان تقيده صحيحاً .

(قال) أي القدوري (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب
نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رضى الله عنه) حتى لو دفع
يضمن نصفه .

(وقال يدفع إليه نصيبه . وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان
فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقال له ذلك) أي عند أبي حنيفة رحمه الله أنها ذكر
رواية الجامع الصغير تنبيهاً على ثلاث فوائد ، الأولى : البينة على أن المواد بموضع الخلاف ،
وعن الطلاق القدوري الوديعة هو المكيل والموزون ، لأن المذكور فيه الألف
وهو موزون .

الثانية : أن القدوري «رح» نص على الاثنين والجامع الصغير على الثلاثة ، ولولا
رواية الجامع لكان لقاتل أن يقول نصيب الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين ،
فيصير مستهلكاً ، ويحمل تبعاً للأكثر فلا يوجد من المودع . وأما نصيب الحاضرين
الاثنين لا يكون مستهلكاً ولا قابلاً فله أخذه فيه برواية الجامع أن الحكيم سواء .

الثالثة : أنه ذكر في كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع ويومئ ذلك أن يأخذه
ديانة ، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة وتلفت هذه المسألة بمسألة
الحامي وحكايته أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحامي مهيئاً من ذهب فخرج

والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف . ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ، ولأبي حنيفة « رح » انه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمقرض وحقه في المشاع والمقرض المعين يشتمل

أحدهما قبل صاحبه ، وأخذ الهيمان وذهب به وخرج الآخر وطالبه بالهيمان ، ولعلهما تواطئا على ذلك ، فتحير الحامي فقيل فيصل هذا الامر عند أبي حنيفة « رح » فذهبوا إليه وقصوا عليه القصة ، فقال أبو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته إلى صاحبك ، ولكن قل لا ادفعه إليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحامي .

(والخلاف في المكيل والموزون ، وهو المراد بالمذكور في المختصر) أي مختصر القدوري ، ذكر هذا احترازاً من ذوات الامثال حتى إذا كانت الوديعة والعبد والدواب ليس للحاضر أن يأخذه بالإجماع .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ، (أنه) أي الحاضر (طالبه) أي طالب المودع (بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه) لانه مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغية الآخر (كما في الدين المشترك) أي كما يطلب الحاضر في الدين المشترك بأن باعاً عبداً مشتركاً اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المدين ، فكذا هذا (وهذا) أي توضيح لما ذكره (لانه يطالبه بتسليم ما سلم إليه) أي لان الحاضر يطلب المودع بتسليم ما سلم إليه من الوديعة (وهو النصف ، ولهذا كان له) أي للمودع (ان يأخذه) أي ان يأخذ نصيبه الذي هو النصف (فكذا يؤمر هو بالدفع إليه) أي كما ان له أن يأخذ ، فكذا يؤمر بالدفع إلى المالك الحاضر .

(ولأبي حنيفة انه طالبه) أي ان الحاضر طالب المودع (بدفع نصيب الغائب ، لانه يطالبه بالمقرض) أي المقسوم ، وليس له فيه حق (وحقه في المشاع والمقرض المعين يشتمل

على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية
القسمة ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك
لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها وقوله له أن
يأخذه . قلنا ليس

على الحقين) اي حق الحاضر والغائب (ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية
القسمة) لانه ليس بوكيل في ذلك (ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع) حتى لو ملك
الباقى في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المأخوذ بالإجماع ، فثبت ان القسمة
ليست بنافذة .

(بخلاف الدين المشترك ، لأنه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المدين ، لأنه يسلم مال
نفسه لا مال غيره (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها ، فدفعه نصيب الحاضر يصرف
في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغائب ، أما المودع يدفع مال الغير . ألا ترى إذا
غاب واحد وله عند آخر دين في الوديعة فجاء رجل - وادعى الوكالة منه يقبض الدين
والوديعة فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة وقد نظر صاحب العناية في صرف الشراح
الضمير في قوله بتسليم حقه إلى المدين ، وقال لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله
بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمدين ، ومعناه
لأن الشريك يطالب المدين بتسليم ، أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس
بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المدين ليس بمشترك بينهما ، والقضاء
إنما يقع بالمقاصة ، وفي نظره نظر ، لأن عبارة المصنف تشعر بأن الضمير يرجع إلى المدين
على ما لا يخفى . وقوله لأن الإنسان لا يؤمر إلى آخره ليس كذلك ، لأن المأمور هنا
بالدفع ، وإنما هو إلى من يجب له عليه ذلك ، ولا كلام في عدم جواز الأمر بالدفع إلى من
لا يجب عليه ذلك فافهم .

(وقوله له أن يأخذه) جواب عن قولها ولهذا كان له أن يأخذه ، والضمير في قوله
يرجع إلى القائل المعهود في الذهن ، أي قول القائل نصرة لقولها كذا وكذا (قلنا ليس

من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع ، كما إذا كانت له ألف درهم
 وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به ،
 وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال وإن أودع رجل عند رجلين
 شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما
 يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز
 أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » .
 وكذلك الجواب عنده في المرتنين

من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع (يعني ليس من ضرورة جواز
 الأخذ استلزام جبر المودع على الدفع ، لأن الجبر ليس من ضرورات الجواز
 يعني من لوازمه لانفكاكه عنه) كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه (أي
 على المودع بالكسر) ألف بغيره فلغريمه (أي فلغريم المودع بالكسر) أن يأخذه (أي
 الألف) إذا ظفر به (إذا كان من جنس حقه . قيل في تأويل قوله عند رجلين لصاحب الحق
 يد ولسان ، أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به (وليس للمودع أن يدفعه إليه) أي الغريم ،
 فدلّت هذه المسألة على أن الجبر ليس من لوازم الجواز للانفكاك .

(قال) أي القدوري (وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) وهو الذي
 لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة
 والثوب الواحد ونحوها (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ
 كل واحد منهما نصفه) لأن المالك رضي بحفظها واجتماعها على حفظ الكل متعذر فيؤمران
 بالقسمة ، لأن المالك قد رضي بها حيث علم بذلك ، والثابت دلالة كالثابت صريحاً .
 وإذا دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله .

(وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة)
 أي هذا التفضيل عند أبي حنيفة (وكذلك الجواب عنده في المرتنين) بأن رهن رجل

والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالوا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم . وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل ، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لأن مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا

عند رجلين ما يمكن قسمته فدفعا أحدهما إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة « رح » خلافا لهما ، ذكره في المبسوط (والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر) بأن وكل رجل رجلين بشراء شيء فدفعا إليهما مالا مما يقسم فدفعه إلى الآخر فضاع عنده ضمن النصف ، وكذا المستصنعين والوصيين والعديلين في الرهن إذا سلم أحدهما إلى الآخر .

(وقالوا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين) يعني فيما يقسم وفيما لا يقسم (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أنه رضي بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه ، كما فيما لا يقسم) هما قاس ما يقسم على ما لا يقسم ، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتهما .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي المالك (رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله) أي بحفظ أحد المودعين كل المودع بالفتح (لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل) فإذا سلم الكل إلى الآخر (فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضي المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لأن مودع المودع عنده لا يضمن) أي عند أبي حنيفة « رح » والردال فيهما مفتوحة (وهذا) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم .

بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعها ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناه
الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما
في بعض الاحوال . وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى
زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن
يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا
كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئاً
يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محل الأول ،
لأنه لا يمكن إقامة العمل مع

(بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعها ولا يمكنهما الاجتماع عليه) أي على المودع (آناه
الليل والنهار) أي ساعاتها وهو جمع آنى على نون معنى ، ويقل آنى وآنوه (وأمكنهما
المهايأة) وهي القسمة والتناوب (كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض
الاحوال) هذا ظاهر . وقال في المبسوط قول أبي حنيفة « رح » أقيس ، لأن رهنه
بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير
راضياً يحفظ أحدهما للكل .

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) لأن
هذا الشرط لا يفيد قصار لغواً ، لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها .

(وفي الجامع الصغير وإذا نهاه المودع) بكسر الدال (أن يدفعها إلى أحد من عياله
فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه
وكما إذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) بعدم شرط الافادة
كما ذكرنا (وهو محل الأول) أي المذكور في الجامع الصغير محل كما ذكره القدوري
مطلقاً بأنه حتى لا يضمن إذا كان له منه بد ، فان كانت الوديعة شيئاً حقيقياً يمكنه
استصحابه بنفسه كالحاتم ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن (لانه لا يمكن إقامة العمل مع

مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مقيداً فيلغو . وإن كان له منه بد ضمن لأن الشرط مقيد ، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ، وإن حفظها في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين تتفاوتان في الحرز ، فكان مفيداً فيصح التقييد .

مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مقيداً فيلغو (لأنه شرط تناقض أصله ، فكان باطلا . (وإن كان له منه بد ضمن) أي وإن كان للمودع منه أى من عياله بد ، أي فراق بأن كان فيهم من لا يؤثق بأمانته فنهاه رب المال عن الدفع إليه ضمن (لأن الشرط مقيد ، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال ، وقد أمكن العمل به) أى بتعين المودع عدم الدفع إلى من في عياله (مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر) لأنه شرط مقيد ، و أمكن العمل به والشرط المفيد إنما يلغو إذا لم يمكن العمل به . وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخاف فهلك ضمن . وإذا نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها فخالف لا يضمن ، لأن الأولى غير مقيد والثاني غير مقدور العمل .

(وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز) غالباً ، حتى لو تفاوتوا ضمن . وقالت الثلاثة إن نقلها إلى بيت دونه يضمن ، ولو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخالفته أمر صاحبها ، وعندنا في الأمر وفي النهى لا يضمن إذا لم تتفاوت البيئات (وإن حفظهما في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان) أى الشرط (مفيداً فيصح التقييد) لإمكان العمل به .

ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صلح الشرط . قال ومن أودع رجلاً ودبعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن للأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» وقال له أن يضمن أيها شاء ، فإن ضمن الأول يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر يرجع على الأول .

(ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة) أي خلاً ظاهراً ، وكل أمر يتخوف منه فهو عورة ، وكذلك كل أمر يستحق منه ومنه عورة الإنسان وعورات الإنسان وعورات الجبال شقوقها ، ويقال عورة المكان إذا بدا منه موضع خلل ، أو كذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين (صح الشرط) لكونه مفيداً .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن أودع رجلاً ودبعة فأودعها) أي المودع أودعها رجلاً (آخر فهلكت فله) أي فللمالك (أن يضمن للأول) أي المودع الأول (وليس له أن يضمن الآخر) أي مودع المودع (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وبه قال أحمد «رح» في رواية ، ثم المودع يضمن بالدبعة إلى غيره بلا خلاف عند أكثر الفقهاء ، وعند ابن أبي ليلى لا يضمن . وفي الذخيرة إنما يضمن المودع الأول بالإيداع إذا هلكت الدبعة بعد أن يفارق الأول الثاني . أما لو هلكت قبل المفارقة لا يضمن بمجرد الدفع إليه ، وإنما يضمن بالتضييع .

(وقال له أن يضمن أيها شاء) أي المودع أو مودع المودع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد «رح» في رواية (فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر يرجع على الأول) أي فإن ضمن المالك المودع الآخر يرجع المودع الآخر على المودع الأول لأنه مفرور من جهة فإنه أودعه على أنه ملكه وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده ، فإذا لحقه الضمان يرجع عليه .

لها أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم ، والثاني بالقبض فيخير بينهما ، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني ، لأن ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه . وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ، وله أنه قبض المال من يد أمين ، لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رائه فلا تعدي منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك . وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا

(لها) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (انه) أي أن المودع الثاني (قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب) ومودع المشتري (وهذا) توضيح لوجه زمان الثاني (لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير) أي المالك (بينهما) أي بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني (غير أنه إذا ضمن الأول لم يرجع) أي الأول (على الثاني لأنه ملك بالزمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له) في القبض والحفظ (فيرجع عليه بما لحقه من العهدة) وهو الضمان .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي أن المودع الثاني (قبض المال من يد أمين لأنه) أي المودع الأول (بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رائه فلا تعدي منهما) أي من المودع الأول والمودع الثاني ما دام مجتمعين (فإذا فارقه) أي الأول الثاني (فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك) أي بسبب تركه الحفظ الملتزم (وأما الثاني) أي المودع الثاني (فمستمر على الحالة الأولى) وهو القبض من أمين (لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا

ألقى في حجره ثوب غيره. قال ومن كان في يده ألف فادعها رجلاً
كل واحد منهما أنها له أو دعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما
وعليه ألف أخرى بينهما، وشرح ذلك أن دعوى كل واحد
صحيحة لاحتلالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث
ويحلف لكل واحد على الإنفراد لتغاير الحقين، وبأيهما بدأ
القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية، ولو تشاحا أقرع
بينهما تطبيقاً لقلبيهما ونفيًا لتهمة الميل.

ألقى في حجره ثوب غيره (فهلك حيث لا يضمن، لانه لم يوجد منه
صنع بخلاف مودع الغاصب، لأن الأول بمجرد الدفع متعدد والثاني بالآخذ.
(قال) أى في الجامع الصغير (ومن كان في يده ألف ادعها رجلاً كل واحد منهما)
أى ادعى كل واحد منهما (أنها) أى الألف (له أو دعها إياه وأبى) أى امتناع صاحب
اليد (أن يحلف لهما فالألف بينهما) وفي بعض النسخ فالألف لهما (وعليه) أى على صاحب
اليد (ألف أخرى بينهما) أى بين المودعين . وصورة المسألة في الجامع محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعها رجلاً كل واحد منهما يدعي أنه
أودعها إياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذا الألف بينهما ويفرم ألفاً أخرى فيكون
بينهما نصفين انتهى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، وفي قول ابن أبي ليلى «رح» لا يجب
عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا ألفاً واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى .
(وشرح ذلك) أى الحكم المذكور (أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتلالها الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث) وهو قوله بغير بينة البينة على المدعي واليمين على من
أنكر (ويحلف لكل واحد على الإنفراد لتغاير الحقين) لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً
(وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية) لعدم المرجح (ولوتشاحا)
أى لو تنازعا في البداية بالحلف (أقرع بينهما تطبيقاً لقلبيهما ونفيًا لتهمة الميل) أى ميل

ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعني للثاني يقضى له لوجود الحجة . وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء .

القاضي إلى أحدهما (ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف لا شيء لهما لعدم الحجة) يعني من جهة المدعين (وإن نكل أعني للثاني) يعني بعدما حلف للأول (يقضى له) أي للثاني (لوجود الحجة) وهي النكول (وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول) يعني للأول ، لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما .

فحاصل المسألة على أربعة أوجه ، لأنه إما أن يحلف لكل منهما أو يحلف للأول منهما وينكل للثاني أو بالعكس ، أو ينكل لهما فإن حلف لهما لا شيء لهما . وإن حلف للأول ونكل للثاني فالألف له ببذله أو بإقراره ، وإن نكل للأول وحلف للثاني فالألف للأول ولا شيء للثاني ، وإن نكل لهما فالألف بينهما وعليه الف آخر بينهما ، لأن نكوله أوجب لكل واحد منهما كل ألف ليس معه غيره .

(بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء) بإتزاله مقرأ أو بإذلاً ، فحين نكل الأول لم يثبت الحق له (فجاز أن يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء) فإنه لا يقضى بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعاً ، لأنه حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه ، وهذا بخلاف الإقرار لأحدهما فإنه يقضى بالألف للمقر له لأنه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء .

ولو نكل للثاني أيضاً يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه . ولو قضى القاضي للأول حين نكل ، ذكر الإمام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني ، فإذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لانه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني .

(ولو نكل للثاني أيضاً يقضى بينهما نصفين على ما ذكره في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) أي لان المودع المنكر أوجب الحق لهما ببذله عند أبي حنيفة « رح » لان النكول بذل عنده (أو بإقراره) أي عندهما ، لان النكول إقرار عندهما (وذلك) أي الإقرار أو البذل (حجة في حقه) أي في حق المودع المنكر (وبالصرف إليهما) أي يصرف المودع الالف إلى المدعين (صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه) أي فيغرم الالف الذي صرف إليهما فيصير الفان (فلو قضى القاضي للأول حين نكل) مع انه ليس له ذلك .

(ذكر الإمام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني) أراد أنه لا ينفذ قضاؤه فيحلف الثاني (وإذا نكل يقضى بينهما) بالالف ويغرم الف أخرى بينهما (لان القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لانه) أي لان القاضي (يقدمه) أي يقدم الأول للحلف (إما بنفسه) أراد باختياره لا لدليل أوجب ذلك (أو بالقرعة) لتعذر الجمع بينهما (وكل ذلك) أي من تقديمه الأول باختياره أو بالقرعة (لا يبطل حق الثاني) لانه

وذكر الخصاص انه نفذ قضاءه للأول ووضع المسألة في العبد ،
وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد ، لان من العلماء من قال يقضي للأول
ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي ،
لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك
هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه ، قال ينبغي أن
يحلفه عند محمد « رح » ، خلافاً لأبي يوسف « رح » بناء على أن المودع
إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره

فعل ما ليس له فعل ، ثم أن الإمام علي البزدوي لم يذكر انه إذا حلف للثاني ماذا حكمه
وذكر أخوه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، فان حلف يقضي بنكوله للأول ، وإن
نكل له ايضاً يقضي بنكوله لهما .

(وذكر الخصاص انه نفذ قضاؤه للأول) يعني يكون كل الالف له ولا يكون بينهما
(ووضع) أي الخصاص رحمه الله (المسألة في العبد) بأن كان في يده عبد قاده رجلاً
كل واحد أنه له وأودعه إياه (وإنما نفذ) أي قضاء القاضي الاول (لمصادفته محل
الاجتهاد ، ولان من العلماء من قال يقضي للأول) أي بالنكول (ولا ينتظر) أي القاضي
(لكونه) أي لكون النكول (إقرار دلالة) لان امتناعه عن اليمين يدل على الإقرار
(ثم لا يحلف للثاني) أي للمدعي الثاني (ما هذا العبد لي) يعني لا يحلفه بالاختصار على لفظ
العبد لي ، بل يضم اليه ولا قيمته (لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول) أراد انه لما أقر
به للأول وثبت به حق الاول فلا يفيد إقراره به للثاني ، لانه لا يمكنه دفعه إلى الثاني
بعد ذلك (وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا
أقل منه) .

(قال) أي الخصاص (ينبغي أن يحلفه) على هذا الوجه (عند محمد رحمه الله خلافاً
لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة) لانسان (ودفع بالقضاء إلى غيره) أي

يضمنه عند محمد «رح» خلافاً له . وهذه فريضة تلك المسألة ، وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم .

غير المقرر له (يضمنه عند محمد) أى يضمن ما أقر من الوديعة لانه أقر بالتزام الحفظ ، فمتى أقر به الانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركاً للحفظ الواجب عليه بالعقد فضمن ، كما لو دل على فاعل السرقة .

(خلافاً له) أى لابي يوسف ، لان بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء ، وانما الفوات بالدفع بإكراه القاضي فلا يكون موجباً للضمان ، وهذا الخلاف كما علمت فيما إذا كان الدفع بالقضاء . وأما إذا كان بلا قضاء بأن أقر بالوديعة لإنسان ثم قال أخطأت ، بل هي هذا ، كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بهما صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول ، فيضمن قيمتها ، وهذا بالإتفاق .

فإن قلت ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية ، قلت لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد «رح» وكذا بالنكول فيأتي التحليف . وعند أبي يوسف لا يضمن ثمة بالإقرار وكذا هنا بالنكول فلا فائدة في التحليف .

(وهذه) أى هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع الثاني بعد قضائه للأول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته (فريضة تلك المسألة) يعني المسألة التي اختلف أبو يوسف ومحمد «رح» فيها في الضمان وعدمه ، وإنما قال بالتصغير إشارة إلى اختصار تلك المسألة وكثرة فروع المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد «رح» وأشار إلى ذلك بقوله (وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم) أى التطويل ، يعني دفع الإطناب في الأصل في باب إقرار الرجل بالمال ، وكان ينبغي أن يقول فيها لأن مسألة مؤنث ، ولكن التذكير إما باعتبار المذكور وإما تسامحاً ، فإن الفقهاء يتسامحون في العبارات .

ومن جملة تفريعات تلك المسألة ما لو قال المودع اودعتها أحدهما ولا ادرى أيكما ، فالمدعيان إذا اصطاحا على أخذها فلمها ذلك والألف بينهما وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما ، وإن لم يصطاحا ويدعي كل منهما ان الألف له فانه يحلف لكل واحد .

وقال الشافعي واحد « رح » يكفي بين واحدة ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد لهما أن يصطلحا بهذا الاستحلاف على أخذ الألف بينهما . ولو نكل قضى بألف بينهما وضمن ألفاً أخرى بينهما . وعند الشافعي واحد « رح » لا يضمن ألفاً أخرى ، بل يقرع بينهما عند أحمد أو يصطلحا عند الشافعي « رح » وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بألف للذي نكل ولا يبيع للذي حلفه ، وكذا لو قال على ألف هذا أو هذا أو كل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه والله أعلم .

كتاب العارية

قال العارية جائزة ، لأنه نوع إحسان وقد استعار النبي عليه السلام
دروعاً من صفوان

(كتاب العارية)

وجه المناسبة بين الكتابين أن كلا منهما أمانة ، ويجوز في بابها التخفيف والتشديد
أفصح . قال في المغرب هي نسبة إلى العارة اسم من الإعارة . وقال الجوهرى كأنها
منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب والعمارة مثل العارية ، وقد خطأه على هذا ، لأنه
عليه السلام باشرها على ما يحىء عن قريب ، وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب ، فكانه
جعل للمعير نوبة في الانتفاع في ملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد أي شيء شاء . وهذا
كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً ، لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود
النوبة إليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة ، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها ، وإنما
قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به .

(العارية جائزة لأنه نوع إحسان) ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ فيكون جائزاً
خلافاً لقوم في أنها واجبة (قال) أى القدوري (وقد استعار النبي ﷺ دروعاً من
صفوان) أخرج أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن ربيع عن اصبه بن صفوان
ابن أمية عن ابيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين فقال أغضب
يا محمد ، قال بل عارية مضمونة . ورواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرک وسكت عنه
وقال له شاهد صحيح ، ثم أخرجه عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن
رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة خيبر ، فقال يا رسول
الله ﷺ ... أو استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة حنين فقال يا رسول

وهي تملك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي « رح » يقول هي
إباحة الانتفاع بملك الغير ، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيه
ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التملك ، وكذلك يعمل فيه النهي

الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال نعم عارية مؤداة ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم .
وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن اسحاق بن عبدالله حدثنا خالد بن عبدالله الحداية ...
فإن قلت في الروايتين إشكال ، لأن في أحدهما قال بل عارية مضمونة ، وفي الأخرى
قال عارية مؤداة . قلت قال صاحب التنقيح هذا دليل على أن العارية منقسمة إلى مؤداة
ومضمونة ، قال ويرجع ذلك إلى المعير ، فإن شرط الضمان كانت مضمونة وإلا فهي أمانة
قال وهو مذهب . وعنه أنها مضمونة بكل حال . وقال أبو حنيفة « رح » لا يضمن إلا
إذا فرط فيها ، وسيجيء تحرير الكلام فيه عن قريب إن شاء الله تعالى . ومقصود
المصنف بهذا هاهنا إثبات جواز العارية فقط ، وأما بيان حكمها في الضمان وعدمه
فسيقوله عن قريب .

(وهي تملك المنافع) جنس يتناول الإجارة وغيرها ، وقوله (بغير عوض) يخرجها
(وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير) ذكر الضمير مع كون العارية
مؤنثة إما باعتبار المذكور ، وإما باعتبار أن العارية في الأصل
إما مصدر كالعاقبة والكاذبة أو اسم للمصدر ، وكل منهما يستوى فيه التذكير والتأنيث
وبقوله قال الشافعي وأحمد « رح » واستدل الكرخي على ذلك بأربعة أوجه الأول : هو قوله
(لأنها تنعقد بلفظة الإباحة) فإن قال المعير اجبت لك هذا الثوب مثلا يكون عارية ،
والتملك لا ينعقد بلفظة الإباحة .

الثاني : هو قوله (ولا يشترط فيه ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التملك ،
وكذلك يعمل فيه النهي) أي لا يشترط في العارية بيان المدة والتملك يقضي أن تكون
المنافع معلومة ، لأن تملك المجهول لا يصح ولا يعلم بضرب المدة وهو ليس بشرط في
العارية ، فكان تملكها للمجهول .

ولا يملك الإجارة من غيره . ونحن نقول انه ينبىء عن التملك ،
فإن العارية من العرية وهي العطية ، ولهذا ينعقد بلفظة التملك

الثالث : تملكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع .

الرابع : هو قوله (ولا يملك الإجارة من غيره) أي لا يملك المستعير إجارة ما
استعاره ولو كان تملكاً جازله ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره
لتملكه المنافع .

(ونحن نقول انه) أي انعقد العارية ، أو يكون وجه التذكير من الضمير ما ذكرنا
الآن (ينبىء عن التملك ، فإن العارية من العرية وهي العطية) فإذا كانت العارية عطية
يكون تملكاً (ولهذا ينعقد بلفظة التملك) مثل أن يقول ملكتك منافع هذه الدار
شهرأ ، أو جعلت لك سكنى دارى هذا شهرأ ، ذكره في المبسوط . وإذا انعقدت بلفظة
التملك يكون تملكاً . وفي قوله فإن العارية من العرية مناقشة لأنه أراد أنها مشتقة من
العرية كما قال الاترازي وليس كذلك ، فإن العارية أجوف واوي ، ولهذا ذكره اهل
اللغة في باب عور ، والعرية ناقص وصرف العلة في لامة فلذلك ذكره أهل اللغة في باب
عور ، والاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسباً في اللفظ والمعنى والمراد من التناسب أن
يكون في الحروف والترتيب كضرب ، فإنه مشتق من الضرب والاشتقاق بين عور وعرو .
فإن قلت هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير ، وأما الاشتقاق الكبير فلا يشترط
فيه إلا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجذب من الجذب . قلت المراد من الاشتقاق حيث
اطلق هو الصغير ، ولئن سلمنا أن بينهما تناسباً في اللفظ ، ولكن لا نسلم أن بينهما
اشتقاقاً كبيراً أيضاً لعدم المناسبة في المعنى ، فإن مادة العارية تدل على التناوب أو
التداول ، ومادة العارية تدل على الإلهام والاتباع ، يقال عروت عرواً إذا ألهمت به
وأتيته طالباً فهو معرور ، فلأن تعروه الاضياف ، وتعتربه أى تغشاه ، وإن أراد أن
معنى العارية مأخوذ من معنى العرية فليس كذلك لما نبين لك من اختلاف المعاني في
أصل المادة ، لأن العرية هي النخلة يجعل صاحبها ثمرها عاماً لرجل محتاج فيعودها المحتاج
أي يأتيها ، وهذا معنى المعطية .

والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ، ثم الأعيان تقبل النوعين ، فكذلك المنافع ، والجامع بينهما دفع الحاجة

وتفسير المصنف إياها بقوله وهي العطية ليس تفسيراً بحسب اللغة ، ولكن لما كان فيها الأخذ والعطاء اطلق عليها العطية وهي فعيله بمعنى مفعولة ، وانما أدخلت فيها الهاء لأنها افردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة ، ألا ترى أنك إذا أضفت لها النخلة تقول نخلة عرى فلا يحتاج إلى الهاء ، لأن الفعل إذا كان بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث ، والمذكر أصل وأولى . وإن اراد أن حكم العارية كحكم العرية فليس كذلك ، لأن المعبر له أن يرجع في العارية متى شاء والعري ليس له ذلك .

(والمنافع قابلة للملك كالأعيان) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال المنافع إعراض لا ينتفي فلا تقبل التملك ، فأجاب به ثم بنى على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وهذا لا نزاع فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين) أي تملك العين بعوض كالبيع وتملكها بغير عوض كالهبة والصدقة (فكذلك المنافع) تقبل النوعين بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية (والجامع بينهما دفع الحاجة) أي الجامع بين الأعيان والمنافع دفع حاجة الناس إلى نوع التملك ، فكما أنهم محتاجون إلى نوع التملك في الأعيان ، فكذلك محتاجون إلى ذلك في المنافع . وما قيل ان هذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله ، لان المعروف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك ، وان نقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان أمكن . وأما الاستدلال فلأنه يكون في التصديقات وايضاً فإن هذا قياس في الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره . ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعي ، وموضعه أصول الفقه .

وايضاً من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان ، فجوابه أن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان لفظياً فإما

ولفظه الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تتعقد
بلفظة الإباحة وهي تمليك ، والجهالة لا تقضي إلى المنازعة
لعدم الزوم ، فلا تكون ضائرة ، ولأن الملك إنما يثبت بالقبض
وهو الانتفاع ، وعند ذلك لا جهالة ، والنهي منع عن التحصيل
فلا يتحصل المنافع على ملكه ، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر

ذكر فليان المناسبة لا للاستدلال على ذلك وإن كان رسمياً فما ذكر بيان بخواص يعرف
بها العار ، ولكن لو عرف العارية بأنها عقد على المنافع بغير عوض وجعل المذكور في
الكتاب حكماً يسلم من الشكوك .

(ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك) هذا جواب عن قول الكرخي إنها تتعقد بلفظ
الإباحة ، ووجه ذلك انه مجاز (كما في الإجارة فإنها تتعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك) أي
والحال انها تمليك (والجهالة لا تقضي إلى المنازعة) هذا جواب عن قوله ومع الجهالة
لا يصح التمليك ، ووجهه أن الجهالة المانعة هي المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك
(لعدم الزوم) لأن المعتبر له ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة (فلا تكون)
أي الجهالة (ضائرة) يعني مفضية إلى النزاع ، بخلاف الإجارة لأنها عقد معاوضة وتعلقت
صفة الزوم بها فتقضي الجهالة فيها إلى النزاع .

(ولأن الملك إنما يثبت بالقبض) هذا وجه آخر ، أي الملك في العارية يثبت بقبضها
(وهو الانتفاع ، وعند ذلك) أي عند القبض (لاجهالة) لأن عند القبض معلوم ، فالجهالة
قبله لا تقضي إلى المنازعة ، وهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها
ضرب المدة كما في المصنع والحياطة (والنهي منع عن التحصيل) هذا جواب عن قوله
وكذلك يعمل فيه النهي . ووجهه إن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك
من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير بحق التملك (فلا يتحصل المنافع على ملكه) لكونه
دليل الرجوع والاسترداد لإبطال الملك بعد ثبوته .

(ولا يملك بالإجارة) جواب عن قوله فلا يملك الإجارة من غيره ، يعني إنما لا يملك
الإجارة (لدفع زيادة الضرر) أي بالمعير ، لأنه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى

على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه ، وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ، ومنحتك هذا الثوب ، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنها لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً .

شاء ، فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاستراد (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به عند قوله وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره .

(قال) أي القدوري (وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه) أي حقيقة في عقد العارية (وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) أراد أنه مجاز في تملك المنفعة ، لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تملك عينه وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لإسم المحل على الحال . قيل في عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف ، والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين ، وأجيب بأن كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجازاً ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل ، أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة .

(ومنحتك هذا الثوب) أي أعطيتك ، لأن منح معناه أعطى ، ومنه المنحة وهي الناقة أو الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردّها إذا ذهب درها ، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح (وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) أي بقوله هذا أعني حملتك على هذه الدابة ، وقوله منحتك هذا الثوب . قال الشيخ حافظ الدين كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل ، ثم أجاب بأن الضمير يرجع إلى المذكور قلت المذكور شيئاً أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة (لأنها) أي لأن قوله منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة (لتمليك العين) يعني حقيقة (وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً) أي مجاز من حيث العرف العام .

واستشكل حافظ الدين هنا أيضاً من وجهين الأول : أنه جعل هذين اللفظين حقيقة

قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه ، وداري لك
سكنى لأن معناه سكنها لك ، وداري لك عمري سكنى لأنه
جعل سكنها له مدة عمره . وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك
لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره

لتمليك العين ، ومجازاً لتمليك المنفعة . ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك
على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة . وعلل بأن الحمل هو الأركان حقيقة فيكون عارية
لكنه يحتمل الهبة ، وهذا تناقض ظاهر .

والثاني : أنها لما كان التملك حقيقة والحقيقة تزد باللفظ بلانية عندهم فعند عدم
إرادة الهبة لا يحمل على تملك المنفعة بل على الهبة . وتحدى الأتزازي بالجواب بقوله نعم
إن لفظ حملتك لا يدل على الإركاب لغة ، ولكن يدل على التملك عرفاً ، يقال حمل الأمير
فلاناً ويراد التملك ويستعمل للعارية أيضاً ، قال تعالى ﴿ إذا ما أتوك لتحملهم ﴾ أى
لتركبهم ، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى ، وإن لم ينو شيئاً كان عارية لأنباء
المتيقن بها . قلت هذا جواب عن الاستشكال الثاني على أنه يدل على أن المصنف « رح »
مال إلى النية لما فقدت يحمل اللفظ على أولى الاحتمالين وهو تملك المنفعة ، وهذا خلاف
قاعدة الأصول .

(قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه) وذلك يكون عارية (وداري
لك سكنى ، لأن معناه سكنها لك) فإذا كان معناه هذا يكون عارية (وداري لك
عمري سكنى ، لأنه جعل سكنها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله
لك) لأنه منصوب على التمييز من قوله لك (لأنه) أى لأن قوله لك (يحتمل تملك
المنافع) كما يحتمل تملك العين ، فإذا ميزه تيقنت المنفعة (فحمل عليه) أى على تملك
المنافع (بدلالة آخره) أى آخر الكلام ، وهذا حمل المحتمل على المحكم لأنه سكنى
في العارية .

قال وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة

(قال) أي القدوري (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) فسواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة . وقال مالك لا يجوز الرجوع في الموقته قبل مضي الوقت فيكون حكمها عنده كالإجارة . وفي الجواهر إذا قال اعني بقلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين فليس بعارية ، بل يرجع إلى حكم الإجارة وكل ما كان من هذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة والفساد (لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة) هذا الحديث أخرجه أبو داود عن اسماعيل بن عباس عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، إلى أن قال العارية مؤداة والمنحة مردودة . وقال الترمذي حديث حسن .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه عن الجراح بن مليح البهراني أخبرنا حاتم بن حريث الطائي سمعت أبا أمامة يقول قال رسول الله ﷺ للعارية مؤداة والمنحة مردودة . وأخرجه الطبراني في معجمه ، وروى هذا الحديث أيضاً من الصحابة عبدالله بن عمر وعبدالله بن عباس وأنس رضي الله عنهم . أما حديث عبدالله بن عمر فأخرجه البزار في مسنده حدثنا عبدالله بن عمر عن زيد بن اسلم عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ الجارية مؤداة . وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما فأخرجه ابن عدي في الكامل عن اسماعيل ابن أبي زياد السكوني قاضي الموصل أخبرنا سفيان الثوري عن سالم الافطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال الزعم غارم والدين مقضي والعارية مؤداة والمنحة مردودة وأعله بإسماعيل هذا . وقال انه منكر الحديث وعامة ما يرويه لا يتابع عليه . وأما حديث أنس فأخرجه الطبراني في مسند الشاميين وقد ذكرناه في الكفالة قوله المنحة بكسر الميم وسكون النون ، وقد فسرناها عن قريب . قوله مردودة أي يجب ردها . وجه الاستدلال به ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في إثناء العارية مستحق الرد .

لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه . قال والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن

(ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض) لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض (فصح الرجوع عنه) أى عن ماله الموجود ، لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود .

(قال) أى القدوري (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) وفي بعض النسخ لم يضمنها ، وقيد بقوله من غير تعد لأن هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف . ولو شرط الضمان في الدابة هل يصح ، فالمشايخ مختلفون فيه ، كذا في التحفة ، وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعزني ثوبك ، فإن ضاع فأنا ضامن له ، قال لا يضمن ونقله عن المنتقى . وقال الكاكي « رح » ويقولنا قال مالك قلت في مذهبه تفصيل ، حيث قال يضمن فيما يخلى هلاكه ولا يضمن فيما لا يخلى . وفي الجواهر العارية نوعان نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان ، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يظهر كذبه ، وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله .

والنوع الثاني يخفى هلاكه ويعاب عليه ، وهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاك ما لم تقم بينته .

فإن قامت فلا ضمان عليه فيه ، وكذلك ما علم أنه مغير سببه كالسوس في الثوب صدقة فيه في كتاب محمد « رح » مع يمينه أنه ما أضاعه ولا أراد فساداً فقال أبو إسحاق وكذلك الفار على هذا يقرض الثوب ، ووافق اشهب وعبد الحكم في النوع الأول وخالف في الثاني فرأى أنه مضمون على المستعير على كل تقدير قامت بينة بهلاكه أم لا . وقال للقاضي أبو محمد والصحيح أنه لا يضمن . قال الكاكي « رح » أيضاً وهو قول علي رضي الله عنه يعني عدم الضمان قول علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد العزيز وشريح والأوزاعي وابن أبي شبرمة وإبراهيم ، وقضى شريح بذلك ثمانين سنة

وقال الشافعي « رج » يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه ، والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ، ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء

بالكوفة ، وحدث الكرخي في مختصره عن عبد الرزاق عن اسرايل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية ان علياً رضى الله عنه قال لا يضمن العارية ، إنما هو المعروف إلا أن تحالف ، وحدث ايضاً بإسناده إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها ، إلا أن يتعدى .

(وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه) احتراز به عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه (لا عن استحقاق) أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقص الآخر بدون رضاه ، واحتراز به عن المستأجر فإنه يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقص قبل مضي المدة بدون رضاه (فيضمنه) أى إذا كان كذلك يضمن العارية ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور (والاذن ثبت ضرورة الانتفاع) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال قبض بإذنه ، ومثله لا يوجب الضمان ، وتحريم الجواب أن الإذن ثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يتعذر بقدرها ، والضرورة حالة الاستعمال ، فإن هلك فيها فلا ضمان ، وإن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، وهو معنى قوله (فلا يظهر فيما وراءه) أى فلا يظهر الإذن فيما وراء الضرورة ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور .

(ولهذا) أى ولكون الإذن ضرورياً (كان واجب الرد) أراد أن مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في النصب (فصار كالمقبوض على سوم الشراء) فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن ، فكذا هذا ، وبقوله قال أحمد وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق . وقال قتادة وعبد الله بن الحسن العنبري إن شرط ضمانها ضمن وإلا لا . وقال ربيعة كل العواري مضمونة وفي الروضة إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير ، هذا

ولنا أن اللفظ لا يبنىء عن التزام الضمان ، لأنه لتمليك المنافع
بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه ،
والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم
يقع تعدياً ، وإنما وجب لرد مؤنته كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير
لا لنقض القبض والمقبوض سوم الشراء مضمون

هو المشهور . وحكي قول أنها لا تضمن إلا بالتعدي وهو ضعيف ، ولو أعار بشرط أن
يكون امانة بقى الشرط وكانت مضمونة . وفي حاوي الخبابة إن شرط بقي ضمانها سقط
الضمان ، وإن تلف حروها باستعماله كحمل مشقة لم يضمن في اصح الوجهين وإن أركب
منقطعا دابته للثواب فتلقت لم يضمن .

(ولنا أن اللفظ لا يبنىء عن التزام الضمان) لأن الضمان إما أن يجب بالمقد أو بالقبض
أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما المقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية
لا يبنىء عن التزام الضمان (لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها) أي أو لإباحة
المنافع على اختلاف القولين وما وضع لتملك المنافع أو باجتهاد وإباحتها لا يتعرض ملك
الغير حتى يوجب الضمان عند هلاكه (والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه) وإنما
يوجب القبض الضمان إذا وقع تعدياً (والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع) هذا جواب عن
قوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع ، وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن لم يكن
إلا لضرورة الانتفاع (فهو ما قبضه إلا للانتفاع ، فلم يقع تعدياً) فلا ضمان بدونه .

(وإنما وجب لرد مؤنته) هذا جواب عن قوله وهذا كان واجب الرد ، تقريره أن
وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه واجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير (كنفقة
المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض) ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب
الضمان ، بخلاف الغصب ، فإن الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن ، فإذا لم
يوجب الرد وجب الضمان (والمقبوض على سوم الشراء مضمون) هذا جواب عن قوله
وصار على المقبوض على سوم الشراء ، تقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالمقد ، وهو

بالعقد ، لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه

معنى قوله (بالعقد ، لأن الاخذ في العقد له حكم العقد) فصار كالماخوذ بالعقد ، وهو يوجب الضمان .

فإن قيل سلمنا ان الاخذ في العقد ولكن لا عقد هاهنا ، أجيب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقريراً صيانة لأموال الناس عن الضياع ، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً ، وأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه ، فأقيم مقام الحقيقة نظراً له ، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة ، وإذا لم يوجد صير إلى الأصل .

(على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف . وقيل كتاب الإجازات من المبسوط ، وقال الحاكم في كافيهِ رجل استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرهن فحينئذ انكسر قال لا ضمان عليه لأنه هلك من عمل مأذون فيه . وفي فتاوى الولوالجي رجل دخل الحمام واستعمل قضاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه . وكذا إذا كور الفقاع ليشرِب سقط وانكسر لا ضمان عليه لأنه عارية في يده .

فان قلت ما تقول في قوله عليه السلام بل عارية مضمونة وقد مر في اول الكتاب بتمامه ، وقوله عليه السلام أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك . أخرجه الترمذي عن شريك وقيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة « رض » أنه عليه السلام ... الخ وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه . أخرجه السيحقي من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة عنه عليه السلام قال إن الحسن نسي حديثه ، فقال هو أمينك فلا ضمان عليه .

قلت الحديث الأول فيه اضطراب سنداً ومتناً ، وجميع وجوهه لا تخلو عن نظر ، ولهذا قال صاحب التتمة الإضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية ، ثم على تقدير صحة قوله مضمونة المراد عليك بدليل قوله حتى يؤديها إليك ، ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان والعارية يشترط الضمان مضمونة في رواية للحنفية . وأخرج النسائي عن يعلى بن أمية قال قال رسول الله ﷺ إذا أتتك رسل فاعظم ثلاثين ذرعاً وثلاثين مغفراً .

قال وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب

فإن قلت يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال بل عارية مضمونة . قال ابن حزم حديث حسن ليس في شيء ما روى في العارية خبر صحيح غيره ، وأما ما سواه فليس بمساوي الاشتغال به ، وقد فرق بين الضمان والاداء ، وقيل إنما قال ﷺ بل عارية مضمونة لأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله أغصبا ، إلا أنه عليه السلام كان محتاجاً إلى السلاح ، فكان الأخذ له حلالاً ، ولكن يشترط الضمان كتناول مال الغير في حالة الخمصة بشرط الضمان .

وقال الاترازي وقيل كان هذا اشتراط الضمان على نفسه وبه أخذ قتادة ، وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ايضاً ، ولكن صفوان كان يومئذ حربياً ، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وقد تقدم الآن ان العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية . وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن عمر عن بعض أصحاب أبي صفوان عن صفوان ان النبي عليه السلام استعار منه عاريتين ، إحداهما بضمان والأخرى بغير ضمان .

والحديث الثاني قال ابن القطان المانع من تصحيحه أن شريكاً وقيس بن الربيع يختلف فيهما ، ولم يحكم الترمذي أيضاً بصحته ، ولئن سلمنا أنه صحيح فهو يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه .

والحديث الثالث رواه الحسن عن سمرة والحسن لم يسمع منه ، وقيل لم يسمع منه غير حديث العقبة أكثر أهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة ، وأيضاً الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان ، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان المهم أن يضمنوا أهون الودائع لأنها مما قبضت اليد وإذا لم يدل الحديث على الضمان ولم ينسب أيضاً . وقال البيهقي « رح » في باب من قتل عبداً بعد ذكر حديث الحسن عن سمرة من قتل عبداً قتلناه . قال قتادة ثم ان الحسن نسي الحديث ، وقال لا يقتل حرب بعد يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث لكن رغب عنه ، وهذه العلة موجودة في الحديث المتقدم ايضاً ، فافهم .

(قال) أى القدورى (وليس للمستعير ان يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب)

ضمن لان الإعارة دون الاجارة ، والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ،
ولانا لو صححناه لا يصح إلا لازماً ، لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير ،

أى ملك (ضمن ، لأن الإعارة دون الإجارة) لأن الإجارة عنده لازم دون الإعارة
(والشئ لا يتضمن ما هو فوقه) أى لا يستتبع ما هو فوقه ، لأن القوي لا يجعل تابعاً
للضعيف . وقال الحاكم في كافيهِ إذا استعار الرجل من الرجل على ان يذهب بها حيث شاء
ولم يحتم مكاناً ولا وقتاً ولا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الخيرة أو أمسكها بالكوفة شهراً
يحمل عليها أو يؤجرها ، قال لا ضمان عليه ، أى في شئ من ذلك إلا في الإجارة
خاصة ، فانه حيث أجرها صار ضامناً ويتصدق بالغة لأنه أمره بالانتفاع مطلقاً ، والمطلق
يتناول أى انتفاع شاء واليه اليقين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها
وأى ذلك فعل لا يمكن أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد فلا يبقى
مطلقاً ، ولكن لا يملك الإجارة أصلاً لأنه عقد لازم ، والعارية عقد جائز ، وبناء الجائز
على اللازم لا يجوز .

وقال الاسبيجاني في شرح الكافي وقد قال بعض اصحابنا فإنه يملك الإجارة وينعقد
جائزة لا لازمة ، ثم قال والصحيح انه لا تنعقد الإجارة . وفي تحفة الفقهاء وليس للمستعير
أن يؤجر ، فإن فعل فهو ضامن حين يسلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار إن شاء
ضمن المستعير .

(ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً) تعليل ثان ، ويمكن أن يكون جواب الشبهة
ذكرها السائل ، وهو ينبغي أن يملك المستعير الإجارة لأنه مالك للنفعة ، ولا ينقطع حق
المعير في الاسترداد ، بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذراً في نقض الإجارة ، فأجاب
عنها بقوله ولأنا لو صححناه عقد إجارة المستعير لا يصح إلا لازماً ، لأنه لا يصح أن يكون
غير لازم لأنه خلاف مقتضى الإجارة ، فانه عقد لازم فانهقاده غير لازم عكس الموضوع
فهذا لا سبيل إليه ، وكذا لا سبيل إلى كونه لازماً (لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير)

وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه . فإن أجره ضمنه حين سلمه ، لانه إذا لم يتناوله العارية كان غصباً ، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم . قال وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف

لأن اللزوم لا يكتسب إلا منه فيكون من مقتضيات عقد العارية .

(وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة) لعدم قدرته عليه إلى الانقضاء فحينئذ يكون عقد الإجارة عقداً لازماً ، وهو أيضاً خلاف المشروع (فأبطلناه) أى عقد الإجارة (فإن أجره ضمنه) أى ضمن المعير ما أجره (حين سلمه) أى المستأجر (لأنه) أى لأن عقد الإجارة (إذا لم يتناوله العارية كان غصباً ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر ، لأنه قبضه بغير إذن المالك) وحكم الغصب الضمان وفى بغير إذن المالك (لنفسه) اللام في نفسه تتعلق بقبضه .

(ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر انه أجر ملك نفسه) لأنه ملكه بالضمان (وإن ضمن المستأجر يرجع) أى إن ضمن المعير المستأجر يرجع المستأجر (على المؤجر) وهو المستعير (إذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور) أى عن المستأجر ، لأن هذا الغرور في ضمن العقد (بخلاف ما إذا علم) أى المستأجر بكونها عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور . وقالت الثلاثة لا يرجع مطلقاً لأنه غاصب ثان فيضمن بفعله .

(قال) أى القدوري (وله) أى للمعير (أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف

المستعمل وقال الشافعي « رح » ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل ، والمباح له لا يملك الإباحة ، هذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالإباحة هاهنا . ونحن نقول هو تملك المنافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة ، فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة ، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل

المستعمل) كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ، كذا ذكر في نظائر التمرقاشي ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي مختصر الأسرار يجوز للمستعير أن يعير وإن شرط أن لا يعير ، إلا أن يكون مما يختلف بالاستعمال .

(وقال الشافعي « رح » ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل) يعني في هذا الباب إنها إباحة للمنافع عنده (والمباح له لا يملك الإباحة وهذا) أى كون الإعارة إباحة (لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة هاهنا) أى في الإعارة ، فإذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التملك وبه قال أحمد .

(ونحن نقول هو تملك المنافع على ما ذكرنا) يعني في هذا الباب (فيملك الإعارة) يعني إذا كانت الإعارة تملكاً للمنافع يملك المستعير حينئذ الإعارة ، لأن الشيء لا يتضمن مثله (كالموصى له بالخدمة) أى بخدمة عبد مثلاً يجوز له أن يعيره لملك المنفعة (والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة) هذا جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك ، وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الإجارة (فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة) أى فيجعل المنافع أيضاً قابلة للملك في الإعارة دفعاً لحاجة الناس (وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل) جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال لو كانت

دفعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره . قال رضي الله عنه وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه ، أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، فللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق . والثاني أن تكون مقيدة فيها فليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد ،

العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل ، وبين ما لا يختلف . وتقرير الجواب انه انما لا يجوز إعارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل .

(دفعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره) أي فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فليس فيه ضرر فقد مر أن الشيء يتضمن مثله ، وإن شاء ضمن المستأجر لوجود التعدي منهما ، فإن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ملك العين بالزمان ، فكأنه أجر ملك نفسه فهلك ، وإن ضمن المستأجر إن كان لا يعلم انه عارية فرجع على المستعير لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غروراً . فأما إذا كان معلماً لا يرجع لأنه غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

(قال « رض » وهذا) أي ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير (إذا صدرت الإعارة مطلقة) أي عن الوقف والانتفاع (وهو) أي ما يصدر من عقد الإعارة (على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية ، والقسمة على الأربعة ضرورة ، لأن الشئين هما الإطلاق والتقييد داراً في الشئين وهما الوقف والانتفاع فكانت أربعة لا محالة (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، فللمستعير فيه) أي في هذا الوجه (أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق) .

(والثاني أن تكون مقيدة فيهما) أي في الوقت ، والانتفاع بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة (فليس له) أي للمستعير (ان يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد) مثلاً استعار

إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خيراً منه والحنطة مثل الحنطة
والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقاً في حق الانتفاع .
والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه ، فلو استعار دابة ولم
يسم شيئاً ، له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا
يتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً لأنه
لما أطلق فيه فله أن يعين ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب
غيره ، لأنه تعين ركوبه .

الدابة ليحمل عليها عشرة أفقرة حنطة فلا يحمل عليها (إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك)
كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أفقرة من هذه الحنطة فحملها عشرة أفقرة من حنطة
أخرى (أو خيراً منه والحنطة) أى أو كان خلافاً إلى خير منه ، بأن قال عشرة أفقرة
من الحنطة فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحساناً ، وفي القياس يضمن لأنه
مخالف . وجه الإستحسان انه لا فائدة للمالك من تعيين الحنطة اذا متصورة دفع زيادة
الضرر عن دابته والشعير أخف من الحنطة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مقيداً (مثل
الحنطة) أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة وحنطة المستعير أو لغيره
فالحنطة جنس واحد ، سواء كانت للمستعير أو لغيره أو عينها المعير أو لم يعينها .

(والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقاً في حق الانتفاع ، والرابع عكسه)
أى عكس الثالث ، وهو ان يكون مطلقه في حق الانتفاع .

(وليس له أن يتعدى ما سماه) أى ليس للمستعير ان يتعدى ما عينه المعير في
الوجهين الآخرين ، ثم فرغ عليه بالفاء التفرقة بقوله (فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له
ان يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان
كان الركوب مختلفاً) لأن الناس يتفاوتون في الركوب (لأنه لما أطلق فيه فله ان يعين
الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه) وفي بعض

ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين
الإركاب. قال وعارية الدراهم والنفائير والمكيل والموزون والمعدود

النسخ ليس له أن يركبه ، أى ليس له أن يركب غيره لأنه متعين ركوبه . وفي بعض
النسخ ليس له أن يركب ، أى ليس له أن يركب الدابة او غيره ، والتذكير يكون على
تأويل الحيوان والحمار والفرس والبغل.

(ولو أركب غيره ليس له أن يركبه) أى بنفسه ، وقد كبر الصغير بالتأويل الذي
ذكرناه الآن ، ثم ذكر في الكتاب ان المستعير يملك الاعارة ولا يملك الاجارة ، ولم يذكر
انه هل يملك الايداع ، فهذا وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه
أبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري والصدر الأجل برهان الأئمة
والد الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه اشار محمد في آخر كتاب العارية ، فانه
قال المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل زعم انها ملكه فهو خصم ، وإن قال
الذي في يده قد اودعتها فلان الذي اودعتها منه فليس بخصم ، فهذا يدل على ان
للمستعير ان يودع ، وعليه الفتوى .

وقال الاترازي هكذا وجدت هذه الرواية منصوطة في آخر كتاب العارية في الأصل.
وفي الكافي وقال بعضهم لا يودع قصداً وكان الكرخي يقول لا يجوز أن يودع ، واستدل
بمسألة ذكرها في الجامع الصغير وهي ان المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد
اجنبي فهل في يد الرسول ضمن المستعير العارية فليس ذلك الايداع منه ، كذا في
شرح الطحاوي .

(حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الاركاب) يعني لو ركب بنفسه بعد أن أركب غيره
ضمنه ، وهو الصحيح ، وهو اختيار فخر الاسلام. وقال غيره له أن يركب بعد الاركاب
ويركب بعد الركوب ولا يضمن شيئاً ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام
خواهرزادة ، لأنه يملك الاعارة .

(قال) أي القدوري (وعارية الدراهم والنفائير والمكيل والموزون والمعدود

قرض ، لإن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فاقضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناها فيثبت ، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع

قرض (يعني بمنزلة قوله أقرضتك . قال الكاكي ولا يعلم فيه خلاف إلا ما نقل عن بعض أصحاب الشافعي هذا إعارة فاسدة ، ففي وجه يضمن كما في الصحيحة ، ولي وجه لا يضمن لأنه إعارة فاسدة ، ذكره في شرح الوجيز . قلت ذكر في الروضة لا يجوز إعارة الطعام قطعاً والدرهم والدنانير على الأصح . وقال الإمام يجرى الوجهان في إعادة الحنطة والشعير ونحوهما . وقال المتولى هذا إذا أطلق إعارة الدرهم ، أما إذا صرح بالإعارة للترين فينتفي أن يقطع بالصحة .

وفي الجواهر للملكية ولو استعيرت الدرهم والدنانير لتبقى أعيانها كالصيرفي ما يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري أو الرجل يكون عليه دين ونقل ما في يديه فيستعيرها لذلك فهذا يضمن إذا لم تقم البيينة على تلفها ، ولا يضمن مع الشهادة على ذهابها . وفي المغني قال أبو بكر البلخي قال اعرتك هذه النصفة من أكثر من يد فأخذها كلها فعليه مثلها أو قيمتها ، لما أن إعارة ما لا ينقطع إلا بهلاكه قرض ، قال أبو الليث الجواب هكذا إذا لم يكن بينها مباشرة أو دلالة الإباحة ، وقوله والوكيل يتناول كل مكيل ، والموزون يتناول كل موزون ، والمعدود يتناول كل المعدود . وقال الحاكم في كافيهِ وعارية الدرهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عدداً مثل الجوز والبيض ، انتهى ، وفي العارية وكذلك الاقطان والصوف والإبريسم والميك والكافور وسائر متاع المطر والصيدالة لا يقع عليها الإجارة على منافعها فهي قرض كذلك .

(لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يملك الانتفاع بها) أي بالأشياء المذكورة (إلا باستهلاك عينها ، فاقضى تمليك العين ضرورة ، وذلك) أي تمليك العين (بالهبة أو القرض ، والقرض أدناها) يعني ضرراً على المعير ، لأنه يوجب المثل والهبة لا توجب (فيثبت) أي الأدنى ، لأنه الثابت يقيناً (أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع) أي انتفاع

ورد العين فأقيم رد المثل مقامه . قالوا هذا إذا أطلق الإعارة ،
أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها ميراثاً أو يزين بها دكاناً
لم تكن قرضاً ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار
آنية يتجمل بها ، أو سيفاً محلي يتقلدها . قال وإذا استعار أرضاً ليعير
فيها أو ليغرس جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء
والغرس ، أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة
تملك بالإجارة فكذا بالإعارة ، وإذا صح الرجوع بقي المستعير
شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها . ثم إن لم يكن

المستعير (ورد العين) أي إلى المعير ، وقد عجز عن رده للاستهلاك (فأقيم رد المثل مقامه)
أي مقام العين .

(قالوا) أي المشايخ (هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم
ليعير بها ميراثاً) من عايرت المكاييل أو الموازين إذا قابلها ، والمعيار الذي يقاس به غيره
ويسوى . وفي بعض النسخ ليعير بها ، وهذا خطأ ، الصواب يعاير . قال الجوهري عايروا
مكاييلك وموازينك ولا تقل عيروا (أو يزين بها) أي بالدراهم والدنانير (دكاناً لم تكن
قرضاً ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً
محلي يتقلدها) أو منطقة مفضضة أو خاتماً ونحو ذلك لا يكون قرضاً ، لأن الانتفاع بهذه
الأعيان مع بقائها يمكن ، فصار نظير سائر العواري .

(قال) أي القدوري (وإذا استعار أرضاً ليعير فيها أو ليغرس جاز ، وللمعير أن
يرجع فيها ويكلفه) أي يكلف المستعير (قلع البناء والغرس) بفتح الغين وكسرهما ، كذا
في المغرب (أما الرجوع فلما بينا) يعني عند قوله وللمعير أن يرجع متى شاء (وأما
الجواز فلأنها) أي فلأن (منفعة معلومة تملك بالإجارة ، فكذا بالإعارة) دفعاً للحاجة
(وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير ، فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن)

وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ، حيث
اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد . وإن كان وقت
العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ، ولكنه يكره لما
فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ،
لأنه مغرور من جهته

أي المعير (وقت العارية فلا ضمان عليه ، لأن المستعير مغتر غير مغرور) يعني من جانب
المغير (حيث اعتمد إطلاق العقد) وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة (من غير أن
يسبق منه الوعد) أي من المعير .

(وإن كان) أي المعير (وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا) من
أن له الرجوع متى شاء ، وعند مالك ليس له الرجوع قبل مضي المدة . وفي الجواهر متى
كانت العارية إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة إلى موضع كذا ، أو
العبد ليبنى بناء أو ليخيط له ثوباً فهي له لازمة كهبة الرقاب ، فإن لم يضرب أجلاً ولا
كان لها مدة انقضاء فهي لازمة أيضاً بالقول والقبول ، وليس له الرجوع فيها ويلزمه
إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استيفائها (ولكنه يكره لما فيه من
خلف الوعد) أي لما في الرجوع في الوقت من خلف الوعد وهي شعبة من النفاق (وضمن
المعير ما نقص البناء والغرس) أي نقصان (بالقلع) أي بسبب القلع .

ووجهه إما ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما
نقص من قيمته ، أي نقصان البناء والغرس فكلمة ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة
بمعنى الذي نقص البناء ، فعلى هذا يكون البناء والغرس مرفوعين على الفاعلية على الأول .
وعلى الثاني يكونان منصوبين على المفعولية والغرس بكسر الغين . وروى بالفتح على إرادة
المغروس فيضمن ما نقص من قيمته ، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة
دنانير مثلاً ، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما . وقال زفر «رح»
لا يضمن لأن التوقيت والإطلاق سواء لبطلان الأجل في العواري .

ودليلنا هو قوله (لأنه مغرور من جهته) أي لأن المستعير مغرور من جهة المعير

حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكره القدوري في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ، ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه . قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ، لأنه صاحب الأصل ، والمستعير صاحب تبع ، والترجيح

(حيث وقت له . فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكر القدوري في المختصر) حيث قال وإن وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعيرما نقص البناء والغرس بالقلع .

فإن قبل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة ، والاعارة ليست كذلك . قيل له إن للتوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى ، وتقدير كلامه ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى مدة كذا ، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حالة ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة كذكر الوقت وذلك ما قلنا .

(وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله) وهو ابن الفضل محمد بن أحمد السلمي المروزي صاحب التصانيف مصنف الكافي والمنقح وغير ذلك ، استشهد في ربيع الآخر سنة أربع وثلثين ومائتين (انه) أي أن الشأن (يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ، ويكونان) أي الغرس والبناء (له) أي لرب الأرض (إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه) أي لأن كل واحد من الغرس والبناء ملك المستعير . (قالوا) أي المشايخ والمتأخرون (إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع) وهو الغرس أو البناء (والترجيح

بالأصل . ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ،

بالأصل (أن يكون بالأصل ، ومذهب الشافعي في هذا ذكره في الروضة أن إعارة الأرض للبناء والغرس نوعان مطلقة ومقيدة ، ففي المطلقة للمستعير أن يبني ويفرس ما لم يرجع المعير ، فإذا رجع لم يكن له البناء والغرس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً وكلف تسوية الأرض كالغاصب ، وإن كان جاهلاً فوجهان ، وأما ما بنى وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله رفع وإلا فينظر إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه وتسوية الحفر لزمه ، فإن امتنع قلعه المعير مجاناً وإن شرط القلع دون التسوية وإن لم يشترط القلع نظر إن أراد المستعير أمكن منه ويلزمه تسوية الحفر على الأصح ، وإن لم يرد له لم يكن للمعير قلعه مجاناً ، ولكن يتخير المعير بين ثلاث خصال أن يبقيه بأجرة يأخذها ، وأن يقلع ويفرس ارث النقص وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً ، وأن يملكه بقيمته .

وفي المقيدة للمستعير البناء والغرس إلا أن يرجع المعير وله أن يحدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغرس ، وإذا رجع المعير قبل المدة أو بعدها فالحكم كما لو رجع في الأول ، لكن هنا وجه أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة . وقوله إنه إذا رجع بعد المدة فله القلع مجاناً قاله الساجي ، والمذهب الأول ومذهب أحمد ما ذكره في حاوهم ، وإن أعار أرضاً لغرس أو بناء مطلقاً أو إلى مدة فرجع وقد شرطاً القلع متى رجع أو عند انقضاء المدة ففرغت لزمه القلع ولم يلزم المعير انقضاء ، ولا المستعير تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن لم يشترط قلعه فله المعير أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه ، فإن قلعه فله للمستعير التسوية وإن ابتاع ذلك والبيع بقي مجاناً .

(ولو استعارها) أي الأرض (ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع) قال الأتزازي قيل ينبغي أن يروى على بناء المفعول ، والثلاثي المجرد ، والأصح أن يروى بكسر الصاد من الاحصاد ، يقال احصد الزرع إذا حان حصاده . قلت كلاهما يجوز والاولى الأول للكثرة وقلة الباب الثاني فافهم (وقت أو لم يوقت) أراد أن الأرض تترك في يده بطريق

لأن له نهاية معلومة ، وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين ،
بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر
عن المالك . قال وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد
واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه ، والأجرة مؤنة الرد ،
فتكون عليه . وأجرة رد العين المستأجرة على المؤاجر ، لأن الواجب
على المستأجر التمكين والتخلية

الاجارة بأجر المثل . سواء عين مدة أولاً ، والتوقيت هو تعيين الوقت (لأن له) أي
للزراع (نهاية معلومة وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين) أي حق المعير والمستعير كما في
الاجارة إذا نقصت المدة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الأرض في يده بأجر مراعاة
للجانبيين ، كذا هنا ، وبه قال للشافعي « رح » في وجه ومالك واحد في وجهه . وعن
أحمد إن كان مما تحصد فصيلاً بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر فيه .

ثم إذا استحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر . وقال أبو اسحاق
الحافظ إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه أو القاضي بعد مضي المدة
بدون ذلك فلا يجب الأجر في أكثر الروايات لم يشترط ذلك ، وقد قيل يقتضي
تعليل المصنف بقوله لأن له نهاية معلومة أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقته ، لأن
له نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوص عليه هنا ، وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة
والنص أقوى من الثلاثة دلالة .

(بخلاف الغرس ، لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك) لأن في
إبقائه ضرراً له والضرر مدفوع .

(قال) أي القدوري (وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما
أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه) لأن الغرم بالغنم ، وهذا لاخلاف
فيه (وأجرة رد العين المستأجرة ، على المؤاجر ، لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية

دون الرد ، فإن منفعة قبضه سائلة للمؤاجر معنى ، فلا يكون عليه مؤنة رده ، وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ، لان الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه ، فيكون مؤنته عليه . قال وإذا استعار دابة فردها إلى اصطلبل مالکها فهلکت لم یضمن ، وهذا استحسان ، وفي القیاس یضمن ، لانه ما ردها إلى مالکها بل ضیعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لان رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده ،

دون الرد ، فان منفعة قبضه سائلة للمؤاجر معنى (لأنه سلم له ما شرط من أجرة العين (فلا يكون عليه) أى على المستأجر (مؤنة رده) لما ذكرنا من أن الغرم بالغنم (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه ، فيكون مؤنة الرد عليه) لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولا خلاف فيه .

(قال) أى القدوري (وإذا استعار دابة فردها إلى اصطلبل مالکها فهلکت لم یضمن وهذا) أى عدم الضمان (استحسان . وفي القیاس یضمن لأنه ما ردها إلى مالکها بل ضیعها) وبه قال الشافعي واحمد ومالك في الأصح .

(وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده) بفتح الميم موضع الربط . وذكر التمرناشي عن أبي سلمة ان كان المربط خارج الدار لم يبرأ لأن الظاهر أنها تكون هنالك بلا حافظ ، وقيل هذا في عادتهم .

وإن استعار عبداً فردة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا . ولو رد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلم إليه ضمن ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة لا يرضي المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لأن فيها عرفاً حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردّها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه . قال ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن والمراد بالأجير أن يكون مسانة أو مشاهرة لأنها أمانة فله أن لا يحفظها بيد من في

(وإن استعار عبداً فردة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) هذا لفظ القدوري أيضاً ، إلا أن لفظ أكثر النسخ وإن استعار عيناً فردها إلى دار المالك (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد ، فعلى هذا إذا استعار عقداً ولم يردّها إلا إلى المعير للعرف كذلك (ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلم إليه ضمن) هذه من مسائل القدوري أيضاً (لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا ترضي المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العواري لأن فيها عرفاً ، حتى لو كانت العارية عقد جوهر) بكسر العين وسكون القاف وهو القلادة ويجمع على عقود (لم يردّها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه) أي في حكم رد عقد الجوهر .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) أراد بالأجير السائس ، وبه قال أحمد وقياس قول الشافعي أن يضمن كما في الوديعة (والمراد بالأجير أن يكون مسانة أو مشاهرة ، لأنها أمانة ، فله أن يحفظها بيد من في

عياله كما في الوديعة . بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيده ، لان المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب . وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه وإن كان لا يدفع إليه دائماً يدفع إليه أحياناً ، وإن كان ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الايداع قصداً كما قاله بعض المشايخ . وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة ،

عياله كما في الوديعة ، بخلاف الاجير مياومه ، لانه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها (أى الدابة المستعارة) مع عبد رب الدابة أو أجيده ، لان المالك يرضى به ، ألا ترى انه لو رده اليه فهو يرده (أى لو رد المستعير الدابة إلى المالك فهو يرده (إلى عبده) وتذكير الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان أو الحمار ونحوه .

(وقيل هذا) أي عدم الضمان بالرد إلى عند رب الدابة (في العبد الذي يقوم إلى الدواب) وهو السادس (وقيل فيه وفي غيره) إن قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره (وهو الاصح) أى القول الثاني هو الاصح (لانه) أى لان مالك الدابة (وان كان لا يدفع اليه دائماً) أى إلى عبده الذى ليس يقوم على الدواب دايماً بكسر الياء آخر الحروف بعدها باء موحدة ومعناه دائماً (يدفع اليه أحياناً) أى في بعض الاحيان (وإن كان ردها مع أجنبي ضمن) يعني إذا هلك ، لانه ليس بنائب عن المالك ، فصار متعدياً (ودلت المسألة) أى المسألة المذكورة (على ان المستعير لا يملك الايداع قصداً) لما وضعه في يد الأجنبي للرد كان إيداعاً (كما قاله بعض المشايخ) منهم الكرخي والبقالي .

(وقال بعضهم) أى بعض المشايخ وهم مشايخ العراق (يملكه) أى يملك المستعير الايداع (لانه دون الاعارة) أى لان الايداع دون الإعارة لانه لما ملك الإعارة مع أن

وأولوا هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة. قال ومن أعار أرضاً
 بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة . وقالوا يكتب
 انك أعرتني ، لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع
 أولى ، كما في إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد ،
 لأنها تختص بالزراعة والإعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه
 فكانت الكتابة بها أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى
 والله أعلم بالصواب

فيها إيداعاً وتملك المنافع ، فلأن يملك الإيداع وليس فيه تملك المنافع أولى ، وبه أخذ
 أبو الليث والفضل . وفي الكافي وعليه الفتوى (وأولوا) أي أول مشايخ العراق (هذه
 المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة) أراد أن هذه المسألة فيما إذا كانت العارية موقته وقد
 انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق .
 (قال ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة رضي الله
 عنه . وقالوا يكتب انك أعرتني ، لأن لفظة الإعارة موضوعة له) أي لعقد الإعارة
 (والكتابة بالموضوع أولى كما في إعارة الدار) حيث لا يكتب اسكتني ، وكذا في إعارة
 الثوب لا يكتب البستني ، وبه قالت الثلاثة .

(وله) أي ولابي حنيفة (أن لفظة الإطعام أدل على المراد) من الإعارة (لأنها)
 أي لأن لفظة الإطعام (تختص بالزراعة والإعارة ينتظمها) أي تشملها (وغيرها) أي
 وينتظم غيرها أيضاً (كالبناء ونحوه) مثل نصباً لفسطاط (فكانت الكتابة بها) أي
 لفظة الإطعام (أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى والله أعلم بالصواب)
 والغرض يصير اليه معلوماً بقوله أعرتني ، وكذا في الثوب والله أعلم بالصواب .



كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا ،

(كتاب الهبة)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على التملك ، إلا أن العارية مفردة والهبة مركبة ، لأن في العارية تملك المنفعة فقط ، وفي الهبة تملك العين مع المنفعة والهبة في اللغة مصدر من وهب يهب ، وأصلها وهب ^(١) لأنه معتل الفاء كالمدة أصلها وعدة ، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوضاً عنها الهاء ، فقلب هبة وعدة ومعناها إيصال الشيء للغير بما ينفعه ، سواء كانت مالاً أو غير مال ، يقال وهبت له مالاً ووهب الله فلاناً ولدأ صالحاً ، ويقال وهبه مالاً ايضاً ولا يقال وهب منه ، ويسمى الموهوب هبة وموهبة ، والجمع هبات ومواهب وانتهبه منه إذا قبله ، واستوهبه إذا طلب الهبة ، وفي الشرع هي تملك لمال بلا عوض .

(والهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا) هذا الحديث رواه عن الصحابة أبو هريرة وابن عمر وعائشة ، رضى الله عنهم أجمعين .

أما حديث أبي هريرة فرواه البخاري في كتاب المفرد في الآداب حدثنا عمرو بن خالد ثنا ضمام بن اسماعيل سمعت موسى بن وردان عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام قال تهادوا تحابوا . وأخرجه النسائي في كتاب الكنى عن أبي الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن اسماعيل به ، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده والبيهقي في شعب الايمان وأبي عدى في الكامل واعله بضمام وقال إن احاديثه لا يروها غيره .

(١) هكذا في الاصل وربما اراد به وهبه كافي القاموس المحيط الجزء الاول ، اهـ مصححه .

وعلى ذلك انعقد الإجماع . وتصح بالإيجاب

وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه الحكم في كتاب علوم الحديث فقال سمعت أبا زكريا العنبري قال سمعت أبا عبد الله البوشخي ثنا يحيى بن بكير عن ضامن بن اسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو أن النبي عليه السلام قال تهادوا تحابوا . وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه أبو القاسم الاصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب من حديث اسماعيل بن اسحاق الراشدي ثناء محمد بن داود عن عبد الجبار عن أبيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا .

وأما حديث عائشة رضى الله عنها فرواه الطبراني في معجمه الاوسط ثنا محمد بن يحيى بن محمد بن السكن ثنا ربحان بن سعيد ثنا عرعرة بن اليزيد ثنا المنثني أبو حاتم العطار عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن بكر عن عائشة قالت ، قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا اولادكم مجدأ واقبلوا الكرام عثراتهم ، واخرجه مالك في الموطأ مرسل عن عطاء الخراساني قال قال رسول الله ﷺ تصافحوا يذهب الفل وتهادوا تحابوا ويذهب الشحناء .

قوله تهادوا بفتح الدال وسكون الواو لانه ضعيفة خطاب للجماعة من التهادي واصله تهادي لانك تقول تهاد تهادياً تهادوا قلبت الباء الفاء لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا اصله تعاليوا . قال الله تعالى ﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء ﴾ ٦٤ آل عمران . قوله تحابوا بتشديد الباء المضمومة وهو ايضاً خطاب للجماعة ، وأصله تحابون ، ولكن سقطت النون لانه جواب للأمر ، وأصله تحابوا ، لانه من التحابب من المحبة ، أدغمت الباء في الباء . وقال الحاكم تحابوا إما بتشديد الباء من الحب ، وإما بالتخفيف من المحابة ، قلت ترجيح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال وادع قال سمعت رسول الله ﷺ يقول تهادوا تزيدوا في القلب حباً .

(وعلى ذلك) أى كون الهبة مشروعة (انعقد الإجماع) أى إجماع الأمة .

(وتصح) أى الهبة (بالإيجاب) كقوله وهبت ونحوه ، هذا بمجردده في حق الواهب

والقبول والقبض . أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد ، والعقد ينعقد
بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك «رح»
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة .

(والقبول) كقوله قبلت (والقبض) بالجر ، أي وبالقَبْض فلا يتم في حق الموهوب له إلا
بالقبول والقبض كما يأتي ، لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع ، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا
بالقبول والقبض ، وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث . وعند
زفر لا يحنث بلا قبول وقبض كما في البيع ، فلا يتم ، أو حلف على أن لا يهب فلأنأفوهبه
ولم يقبل يرد في يمينه عندنا .

(أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد) أي فلأن الهبة عقد نحو سائر العقود ، وذكر
الضمير باعتبار العقد (والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول) لأن قيام العقد بهما (والقبض لا بد
منه لثبوت الملك) وبه قال الشافعي وأحمد وأكثر الفقهاء والتابعين ، إلا أن أحمد يقول
إن كانت الهبة عيناً تصح بدون القبض في الأصح ، وفي المكيل والموزون لا يصح
بدون القبض .

(وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع) لأنه عقد لازم يقبل الملك
فلم يتوقف على القبض كالبيع ، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية
والوقف ، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وابن أبي ليلى في كتاب التفريع لأصحاب
مالك وفيمن وهب شيئاً من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك
حكم به عليه إذا أقر أو قامت عليه البينة ، وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرئ منها ،
وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه ، وإن مات الواهب قبل دفعها إلى
الموهوب له فلا شيء له إذا كان قد أمكنه أخذها ففرط فيها ، وإن مات الموهوب له قبل
قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بيهته انتهى . وقال الحرق من أصحاب أحمد
لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه ، ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل
كما يصح في البيع . (وعلى هذا الخلاف الصدقة) فعندنا يشترط فيها القبض خلافاً
لمالك «رح» .

ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، والمراد نفي الملك،

(ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) هذا حديث منكر لا أصل له .
والمعجب من الكاكي حيث يقول قيل هذا الحديث غير مرفوع ، بل قول علي وعمر رضي
الله عنهما ولم يبين ذلك ، وليس كذلك بل هذا الذي ذكره المصنف قول ابراهيم النخعي
رواه عبد الرزاق في مصنفه وقال اخبرنا بفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم قال
لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض . وأما قول عمر رضي الله عنه
فهو ما رواه البيهقي من حديث يزيد بن زريع نا سعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عن
أبي موسى ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا محال ميراث ما لم يقبض .

والأحسن أن يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما أخرجه البيهقي من حديث
عبد الله بن وهب أنا مالك ويونس وغيرهما أن ابن شهاب اخبرهم عن عروة عن عائشة
رضي الله عنهما أن أبا بكر رضي الله عنه نخلها جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة ، فلما
حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أعز علي
فقرأ بعدي منك ، إلا ابي كنت نخلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً ، فلو كنت جزيتيه
واحترزتيه كان لك ذلك ، وإنما هو لأخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله عز
وجل ... (١) الحديث ، وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار وقال حدثنا يونس اخبرنا
ابن وهب أن مالكا حدثه ... إلى آخره ، فهذا ادل دليل على اشتراط القبض وبه استدل
في المبسوط وأصحاب الشافعي في كتبهم .

قوله نخلها ، أي وهب لها ، والجذاذ بكسر الجيم من جذذت الشيء أجذه بالضم جذاً
قطعته ، وروى جاذ عشرين وسقاً . قال الخطابي الجاذ بمعنى المجدوذ فاعل بمعنى مفعول
والوسق ستون صاعاً . والغاية بالغين المعجمة وبعد الألف باء موحدة محقة وهو موضع
مشهور بالمدينة ، وفي رواية من ماله بالعالية وهو أيضاً موضع بالمدينة .

(والمراد نفي الملك) أي المراد من قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة عدم

(١) الحديث ورد في الأصل ناقص بعض الكلمات، وقد اتمناه من كتاب بداية المجتهد

ونهاية المقتصد من اول كتاب الهبات ، أ ه مصححه .

لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلم يملكها .

ثبوت حكم الهبة وهو الملك (لأن الجواز) أى جواز الهبة (بدونه ثابت) أى بدون الملك ، لأن الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق .

(ولأنه) أى ولأن عقد الهبة (عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً) وعقد التبرع لم يلزم به شيء (لم يتبرع به وهو التسليم) أى الذي لم يتبرع به هو التسليم (فلا يصح) لأن من ضرورات الملك التسليم ، ورد بأن المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من ثامة ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو يحدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام . واجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم به الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت في الصور ، فإنه يجب بالنذر أو الشروع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به .

(بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت) لما قاس مالك الهبة على الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض ، أجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية أراد بين الهبة والوصية فرقاً ، وهو أن الملك لا يثبت في الوصية إلا بعد الموت ، وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم ، وهو معنى قوله (ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) يعني بالموت ، وكذلك القياس على الوقف غير صحيح ، لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى والتصدق بمنفعته ، وفيه لا يشترط القبض (وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يحلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه ، وتقريره أن حق الوارث متأخر (عن الوصية فلم يملكها) أى الوصية ، يعني لما يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام الميت ، فلا معتبر لتسليمه ، لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها .

فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً .
وإن قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأخذ له الواهب في
القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين ، وهو قول الشافعي « رح »
لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق
فلا يصح بدون إذنه . ولنا

(فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً) هذا لفظ
القُدوري رحمه الله في مختصره ، يعني أن قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن
الواهب جاز ، وصحت الهبة استحساناً . وقال الكرخي « رح » في مختصره فإن أذن له
في القبض فقبض الهبة بحضرته أو بغير حضرته جاز القبض ، وإن وهب له ديناً على رجل
وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز إذا قبض ذلك استحساناً ايضاً ، وإن لم يأذن
له في قبض الدين لم يجوز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له وإن كان ذلك بحضرة الواهب ، لأن
المالك الذي يقبض عن الدين ملك الذي عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين ، أو يجعل
قبضه إلى غيره فيقبضه الغير .

(وإن قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقياس أن
لا يجوز في الوجهين) أي فيما إذا قبض في المجلس بأذن الواهب ، وفيما إذا قبض بعد
الافتراق بدون إذنه .

وبالقياس (وقال الشافعي لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملك الواهب إذا
ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق ، بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق (فلا يصح
بدون إذنه) لأن التصرف في ملك الغير بغير الإذن غير صحيح .

(ولنا) أراد به وجه الاستحسان ، قيل ذكر لنا هنا غير مناسب ، لأنه ذكر
القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن ، فلم يكن ذكر لنا مناسباً ، بل كان
المناسب أن يقول وجه الاستحسان . قلت لما كان القياس هو قول الشافعي « رح » ووجه
الاستحسان قولنا نائب أن يقول ولنا ، وأن يصرح بذكر الشافعي رضي الله عنه

أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً له على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به . بخلاف ما إذا ناه عن القبض في المجلس ، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح .

(أن القبض بمنزلة القبول في الهبة) أى القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع ، وقوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول ، فافهم . وكون القبض فيها مثل القبول في البيع (من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) أى على القبول ، فإذا كان القبض مثل القول لا يثبت حكم الملك إلا بالقبض ، كما لا يثبت الملك إلا بالقبول (والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عند الهبة (إثبات الملك) للموهوب له (فيكون الإيجاب منه) أي عن الواهب (تسليطاً له على القبض) تحصيلاً بمقصوده ، فكان ادنى دلالة .

(بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق) حيث يشترط فيه الاذن صريحاً (لأننا) وفي بعض النسخ لأنه ، أى لأن الشأن (إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له) أى للقبض (بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به) أى بالقبول وهو القبض .

(بخلاف ما إذا ناه) كان ينبغي أن يقول وبخلاف بو أو المطف عطفاً على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأن حكمها واحد ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال يلزم على هذا ما إذا نهى من القبض ، فإن التسليط موجود ولم يجوز له القبض . وتقرير الجواب أنه إذا ناه يعنى صريحاً (عن القبض في المجلس) بأن قال له لا تقبض فإنه لا يصح قبضه في المجلس وبعده (لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) أراد بالدلالة الاذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض ، والصريح هو قوله لا تقبض ، فإن الإذن الذي حصل من الإيجاب دالة بطل وجود صريح النهي ، لأن الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشتان ، الأول أن القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول صريح فيه ، والثاني مستعمل فيه ، قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا ، وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد ،

الثانية أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده ويحبس الثمن .

الجواب عن الأولى أن الإيجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وجد عقد تمام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثانية فإن لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري ، بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني فلا يعتبر به .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول) أي قوله وهبت (صريح فيه) أي في عقد الهبة (والثاني) أي قوله نحلت (مستعمل فيه) أي في عقد الهبة ، أراد به مجاز فيه وهو أيضاً صريح ، لأن المجاز المتعارف كالصريح ، إلا أن قوله وهبت لما كان صريحاً حقيقة ونحلت واخوته صريحاً مجازاً أفرق بينها (قال النبي ﷺ أكل أولادك نحلت مثل هذا) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال إن أباه أتى النبي ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله ﷺ أكل ولدك نحلت مثل هذا ، قال لا ، فقال رسول الله ﷺ فارجعه أخرجه البخاري ومسلم في الهبة وأبو داود رضى الله عنه في البيع مختلفاً والمعنى واحد . والمعجب من الكاكي مع إدعائه أن له إطلاعاً في الحديث أنه لما ذكر هذا الحديث قال كذا في المبسوط ، فهذا قول من لم يحم حول كتب الحديث ولا طرق في سمعه اسم البخاري ومسلم ولا غيرهما .

(وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله) يعني أراد بالثالث قوله أعطيت أي هو أيضاً مستعمل في عقد الهبة مجازاً كما يقال أعطاك الله ووهبك الله (بمعنى واحد ،

وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ،
وأعمرتك هذا الشيء ، وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة .
أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك
العين ، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث يكون
عارية ، لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غلتها . وأما الثاني
فلأن حرف اللام للتمليك .

وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء
وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة (هذه أربعة الفاظ ، ثلاثة تنعقد بها الهبة
مطلقاً والرابع وهو حملتك لا ينعقد بالنية على ما يجيء الآن .

(أما الأول) يعني قوله أطعمتك هذا الطعام (فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما
يطعم عينه ، يراد به تمليك العين) بغير عوض ، فيكون هبة (بخلاف ما إذا قال أطعمتك
هذه الأرض ، حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم) أي لأن الأرض والتذكير باعتبار
المذكور ، وفي بعض النسخ لأن عينها وهو الأصوب ، فيكون المعنى أطعمتك ما يحصل
منها ، فكان تمليكاً لمنفعة الأرض دون عينها (فيكون المراد أكل غلتها) أي إذا كان
كذلك يكون من قوله أكل غلة الأرض وهو ريعها . وقال الاترازي رحمه الله ولنا في
تقرير صاحب الهداية نظر لأنه قال ان الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به
تمليك العين ، فعلم هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك إلا الإباحة
كما هو مذهب الخصم ، لأن المراد من الأ طعام إطعام الطعام ، والطعام يؤكل عينه ، فكان
الإطعام في الآية منافعاً إلى ما يطعم عينه فافهم ، قلت لا نسلم أنه أضيف إلى ما يؤكل عينه
بل هو مضاف إلى عشرة مساكين ، فافهم .

(وأما الثاني) يعني قوله جعلت هذا الثوب لك (فلأن حرف اللام للتمليك) فكان
معناه ملكت هذا الثوب لك . ألا ترى أن في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل
والتمليك ، فكذا في التمليك بغير بدل ، وكسوتك هذا الثوب بمعناه لأنه لتمليك العين

وأما الثالث فلقوله عليه السلام فمن أعر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ، وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا .
وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية ، لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته . ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة ، لأنه يراد به التملك . قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾ ،

قال الله تعالى ﴿ وكسوتهم ﴾ والكفارة لا تتأدى إلا بتملك الثوب .
(وأما الثالث) يعني قوله وأعمرتك هذا الشيء (فلقوله عليه السلام) فمن أعر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده (هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن جابر رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من أعر رجلاً عمرى له ولمقبه فقد قطع . قوله حقه فيها وهي لمن أعر ولمقبه .
(وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى) يقال أعمرت داري أو أرضاً أو إبلاً إذا أعطيته إياها وقلت هي لك عمرى أو عمرك ، فإذا مت رجعت إلي ، والعمرى اسم (لما قلناه) أشار به إلى قوله فلأن حرف اللام للتملك .
(وأما الرابع) يعني قوله وحملتك على هذه الدابة (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية) قيل كيف يستقيم هذا القول وقد قال في العارية إن حملتك والتملك العين قلت قدر هذا النظر هناك . وتحرير الجواب أن قوله هاهنا حقيقة بالنظر إلى الوضع ، وقوله هناك لتملك العين ، يعني في العرف والاستعمال ، ولكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كأنه مشترك (لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس) أى ملكه إياها ، وهو معنى قوله (ويراد به التملك فيحمل عليه) أى على التملك (عند نيته) فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه فيعتبر نيته .
(ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) هذا من مسائل المبسوط ذكره تقريباً على مسألة القدوري رحمه الله (لأنه يراد به التملك ، قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾) فإن

ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه . ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويننا من قبل . ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لأن العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم . وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى السكنى

المراد به تملك العين لا تملك المنفعة (ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه) أى من فلان (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويننا من قبل) أراد به ما ذكره من قوله ~~عنه~~ المنحة مردودة ، ولكن إذا نوى التملك يثبت ، لأنه محتمل كلامه .

(ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) وهذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يقول هذا لك هبة سكنى ودفعها اليه قال هذه عارية . وإن قال هي لك هبة تسكنها فهي هبة ، وإن قال هي لك سكن هبة فهي سكنى ، انتهى ، ونصب الهبة في الموضعين على الحال والتعيين لما في قوله داري لك من الإيهام (لأن العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة تحتملها) أى تحتمل المنافع (وتحتمل تملك العين ، فيحمل المحتمل على المحكم) يعني صار المحكم قابضاً على المحتمل ، فكانه قال سكنى داري لك فيكون عارية ، لأن العارية محكم .

فإن قلت من أين تقول أنها محكم ، قلت لانها لا تحتمل تملك الرقبة لأنه خرج تفسير الأول الكلام فيعتبر به حكم أول الكلام . قالت الشراح كان حق الكلام ان يقول لأن السكنى محكم في تملك المنفعة ، وكذا ذكره في المبسوط حيث قال لأن السكنى محكم وأجيب بأن السكنى لا يحتمل إلا العارية فاطلق عليه اسم العارية .

(وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى) بضم النون وسكون الحاء وهي

أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه .
ولو قال هبة تسكنها فهي هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وليس
بتفسير له ، وهو تنبيه على المقصود . بخلاف قوله هبة سكنى ، لأنه
تفسير له . قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة

العطية (أو سكنى صدقة) بأن قال داري لك سكنى صدقة (أو صدقة عارية) بأن
قال داري لك صدقة (أو عارية هبة لما قدمناه) المحتمل على الحكم .

(ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) ذكر في المبسوط . ولو قال داري لك هبة تسكنها ،
أو قال عمرى لتسكنها وسلمها اليه فهي هبة (لأن قوله هبة تسكنها مشورة) بفتح
الميم وضم الشين بمعنى الشورى ، وهي استخراج رأي على غالب الظن (وليس بتفسير له)
لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم (وهو تنبيه على المقصود) بأن قال ملكه الدار عمره
ليسكنها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام
تأكله وهذا الثوب تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل .

(بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له) لأن قوله سكنى اسم فجاز أن يكون
تفسير الاسم آخر ، فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء والشرط فيكون عارية .

(قال) أى القدوري رحمه الله (ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة) أي معرفة
عن املاك الواهب ، حتى لا تصلح هبة الثمر على الشجر والزرع في الارض
بدون الشجر والارض ، وكذا المكس عندنا (مقسومة) احتراز به
من المشاع ، قيل في الفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم كل شيء يضره التبعض ويوجب
نقصاناً في ماله ، فإنه لا يحتمل القسمة كالدرهم والدنانير فهبة بعضه جائز بلا خلاف .
وقيل كل ما يفوت بالقسمة منفعته أصلاً كالعبد أو جنس منفعته كالحمائم والرجى فهو
لا يحتمل القسمة .

وقيل كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمة ، وإلى الآخر فالقاضي لا يجبره على
القسمة ، وهو مما لا يحتمل القسمة ، ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد

وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة . وقال الشافعي يجوز في الوجهين ،

لا الطاريء ، حتى لو وهب شيئاً فرجع في بعضه تصح الهبة ، والمبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد ، حتى لو وهب مشاعاً وسلم مقسوماً يجوز ، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جازت الهبة أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في أرض ، ثم سلم بعد ذلك مفرزاً يجوز ، كذا في الذخيرة وغيره فعلم مما هذا أن معنى قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا بجوزة مقسومة لا تثبت الملك فيه لا يحوزه مقسومة ، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك . قيل تسلمه مفرزاً نظير نظيره البيع بشرط الخيار .

وفي الخاطئ قال علماؤنا رحمهم الله هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم ، ويفيد الملك قبل القسمة . وقال الشافعي « رح » إنها تامة وبعض اصحابنا رحمهم الله قالوا إنها فاسدة والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ، ولا يقال إنها فاسدة بل غير تامة ، كذا هذا . واجمعوا على أن هبة المشاع لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة ، كذا قال علماء الدين رحمه الله العالم في طريقة الخلاف . وقال في الطريقة البرهانية ، قال علماؤنا رحمهم الله وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة يفيد الملك بالتخلية . وقال شيخ الإسلام أبو بكر رحمه الله المعروف بخواهر زاده في مبسوطه قال علماؤنا إذا وهب مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز سواء كان وهب في الأجنبي أو من شريكه . وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز من الأجنبي ومن الشريك ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله إن وهب من الأجنبي لم يحز ، وإن وهب من الشريك جاز واجمعوا على أنه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز .

(وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) معناه هبة المشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم ، فيكون المعنى ظاهر أو وهبت النصيب الغير مقسوم فيها هو غير مقسوم ، وذلك مستنكر ودفعه بما ذكرنا ، فافهم .

(وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز في الوجهين) أي فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله . وفي الروضة يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره سواء وهبة للشريك أو غيره ، ويجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها وعكسه . وفي الجواهر

لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ، وهذا
لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك ، فيكون محلاً له ، وكونه تبرعاً
لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص
عليه في الهبة

للمالكية ولا يتمتع بالشيوع ، وإن كان قبل القسمة وتصح هبة المجهول والآبق والكلب ،
وفي فتاوى الحنابلة وتصح هبة المشاع وإن تمذرت قسمته ، ويصح من الشريك وغيره
سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن ، وسواء كان مما ينقسم أو مما لا يأتي قسمته كالشقص
في العبد والدابة والجوهرة والسرخي (لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بأنواعه)
من الصحيح والفاسد والصرف والسلم (وغيره) فإن الشيوع لا تمنع تمام القبض في هذه
العقود بالإجماع .

(وهذا) أي جوازه (لأن المشاع قابل لحكمه) أي لحكم عقد الهبة (وهو الملك فيكون
محلاً له) كالبيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له ، لأن المحلية
غير القابلية أو لازم من لوازمها ، فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله ، ولا مانع
ثمة فكان جائزاً (وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن
يقال البيع لا يفتقر إلى القبض ، بخلاف الهبة فإنه عقد تبرع ومحتاج إلى القبض ، فلو قلنا
يجوز في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة وهو لم يتبرع به ، فأجاب بقوله
وكونه أي وكون الهبة والتذكير باعتبار الوهب أو المذكور تبرعاً لا يبطله الشيوع ، يعني
لم يعمد ذلك مبطلاً في التبرعات .

(كالقرض) بأن دفع الف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً يعمل في النصف
الآخر شركة ، فإنه يجوز مع أن القبض شرطاً لوقوع الملك في القرض ، ثم لا يشترط
القسمة (والوصية) بأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع
لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً .

(ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة) أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام

فيشترط كماله ، والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه ، وذلك غير موهوب ، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة ، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم . بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا يلزمه مؤنة

لا تجوز الهبة إلا مقبوضة وفيه نظر ، لأنه قد تقدم أن هذا الحديث لا أصل له ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط القبض في الهبة شيء ، ولو ثبت اشتراط قبضه فقبض كل شيء بحسبه (فيشترط كماله) أي كمال القبض ، لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته لأنه من البيت بالسنة ، وهذا لأن الثابت من وجهه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً ، وبدون الإطلاق لا يثبت (والمشاع لا يقبله) أي القبض (إلا بضم غيره إليه) الموهوب إلى الموهوب (وذلك) أي الغير (غير موهوب) وغير ممتاز عن الموهوب ، فصارت الحيابة ناقصة فلا ينتهض لإفادة الملك .

(ولأن في تجويزه) عقد الهبة في المشاع (إلزامه) أي إلزام الواهب (شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة) لأنه لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة ، فيصير عقد التبرع موجباً ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضع التبرع .

فإن قيل هذا ضرر مرضي ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصائر من الضرر ما لم يكن مرضياً ، أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع ، وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، قيل هذه العلة غير مطردة ، لأنهم قالوا لا تجوز الهبة من الشريك وليس ثمة ضرر القسمة ، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله لا تجوز هبة واحد من اثنين وليس فيه ضرر القسمة ، قلت وجود العلة تراخي في جنس الحكم لا في كل صورته .

(ولهذا) أي ولأن تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم (امتنع جوازه) أي جواز ثبوت الملك (قبل القبض كيلا يلزمه التسليم) وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة (بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض الظاهر هو الممكن فيكتفى به) ضرورة (ولأنه لا يلزمه مؤنة

القسمة والمهاياة تلزمه ، فما لم يتبرع فيه وهو المنفعة والهبة لاقت العين
والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح والبيع
الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ،

القسمة (وقد قيل ان هذا الذي ذكره كله مرتب على اشتراط كمال القبض ، وفي اشتراط
اصله نظر ، فكيف باشتراط كماله ، والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه وإجازته ووقفه
كما يجوز بيعه وقرضه والوصية به ، ولا زال الناس على ذلك ولم يرد في رده كتاب ولا
سنة ولا إجماع ، فإن طلب الموهوب له القسمة والزم بها الواهب فهو كما إذا لزم بها
البائع وقد باع حصة عما يملكه ، فكان أن ذلك لا يمنع من صحة البيع وإن كان فيه
إلزام بما لا يلتزمه ، فكذلك لا يمنع من صحة الهبة .

(والمهاياة تلزمه) هذا جواب سؤال يرد علينا ، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يجوز
فيما لا يحتمل القسمة ، لأنه يلزم المهاياة ، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم . وتقرير الجواب أن
المهاياة تلزمه (فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) فلم يكن ذلك زماناً في
عين ما تبرع ، بل هذه من ضرورات الانتفاع يملكه .

ولقائل أن يقول إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها وجد
وإن حصصتم بعودة إلى ما تبرع به كان محكماً . والجواب بتخصيصه بذلك وبدفع
التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها
عن ملكه وليس في غيره ذلك ، لأن المهاياة لا تحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلّف الواهب
الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما
تبرع به ، لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع .

(والوصية ليس من شرطها القبض) هذا جواب عن قوله كالقرض ما لوصيته . تقريره
أن الشئوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك
(وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها) يعني وكذا حكم
البيع ... إلى آخره ، أراد به وإن كان القبض فيها شرطاً للملك ، ولكنه (غير منصوص

ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع
من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة
عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه . ولو وهب من
شريكه لا يجوز ، لأن الحكم يدار على نفس الشيوع .

عليه) فلا يصح نفيه . قلنا كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت الملك ابتداءً ،
وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس فيما نحن فيه ، وكذا الكرام في السلم ، فإن اشتراط
قبض رأس المال للاحتراز وهو التسمية بالتسمية ، وكذا فسرهُ أبو عبيد القاسم بن سلام
رحمه الله ، وروى الحديث أيضاً وقال حدثني زبد بن الحباب عن موسى بن عبيد عن
عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عنه .

(ولأنها) أي ولأن الأشياء المذكورة (عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة) يعني
تناسب تعلق ضمان القسمة بها ، بخلاف الهبة (والقرض تبرع) هذا من تنمة الجواب عن
قوله كالقرض والوصية أي القرض تبرع (من وجه) بدليل أنه لا يصح من الصبي
والعبد (وعقد ضمان من وجه) فإن المستقرض مضمون بالمثل (فشرطنا القبض القاصر)
أي إذا كان كذلك فلشبهة التبرع شرطنا العقد كما في الهبة والشبهة بعقد الضمان لم
يشترط القسمة ، وهو معنى قوله (دون القسمة) كما في البيع ، فاكنتي فيه بالقبض
القاصر (عملاً بالشبهين) وهما شبه التبرع وشبه المال ، وانتصاب عملاً على التعليل أي
لأجل العمل بالشبهين (على أن القبض غير منصوص عليه فيه) أي في القرض ليراعى
وجوده على اكمل الجهات .

(ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) هذا جواب
سؤال يقال من جهة الخصم ، تقريره أن يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من أحد
الأمرين ، أما أن يكون دائراً على نفس الشيوع أو على لازم المطالبة بالقسمة إن قلتم بالأول
يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم . وإن قلتم بالثاني يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه فإنه
لا يجوز عندكم ، مع أنه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة .

قال ومن وهب شقصاً مشاعاً فاهبة فاسدة لما ذكرنا ، فإن قسمه وسامه
جاز ، لأن تمامه بالقبض ، وعنده لا شيوع . قال ولو وهب دقيقاً في
حنطة أو دهناً في سمس فاهبة فاسدة ، فإن طحن وسامه لم يجز ،
وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم ،

وتقرير الجواب أن الحكم معلق بنفس الشيوع في محل يتصور فيه المطالبة بالقسمة ،
فأقيم الشيوع مقام المطالبة بالقسمة ، لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهيئة
نصيبه من شريكه من هذا القبيل ، فأقيم الشيوع فيه مقامها . وقال الكاكي رحمه الله
هذا في الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله ، فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل
القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان للقسمة ، قلت هذا يفيد ، وإن كان له
وجه ، لأن هذا الكلام من تنمة الجواب فيما أورد الخصم علينا على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن وهب شقصاً) بكسر الشين المعجمة وسكون
القاف ، أي نصيباً (مشاعاً ، فاهبة فاسدة) معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزاً
لأن الهبة في نفسها جائزة على ما قررناه عن قريب (لما ذكرنا) من أن الهبة فيما يقسم
لا يجوز إلا محرزة مقسومة (فإن قسمه) أي فإن قسم المشاع وأفرز نصيبه (وسامه)
إلى الموهوب له (جاز) أي يثبت الملك حينئذ ، ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعاً
فهلك عند الموهوب له ، ذكر ابن رستم أنه يضمن ولا يفيد الملك وبه أخذ الطحاوي .
وقال عصام يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده ، وبه أخذ بعض المشايخ ، كذا في
فتاوى قاضى خان (لأنه تمامه بالقبض وعنده) أي عند القبض (لا شيوع) فلا فساد .

(قال) أي القدوري (ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمس فاهبة فاسدة)
الأصل هنا أن الحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتحديد ، بخلاف ما إذا
كان مشاعاً فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التحديد على ما يجيء الآن (فإن طحن) الحنطة
(وسامه) الدقيق (لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم) يعنى ليس
بوجود بالفعل ، وإنما يحدث بالطحن والعصر ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة ، لأن عامة

ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، والمعدوم ليس بمحل للملك
فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم ،
لأن المشاع محل للتملك ، وهبة اللبن في الضرع والصوف
على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض ، والتمر في النخيل
بمنزلة المشاع ،

الممكنات كذلك ، ولا تسمى موجودة ، وبهذا نخرج الجواب عن ما قيل ينبغي أن يجوز
بيع الدهن بالسمسم مطلقاً بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم .
(ولهذا) أي ولكون الموهوب معدوماً (لو استخرجه الغاصب) بأن غصب سمسماً
فاستخرج دهنه فانه (يملكه) لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً ، فلم يرد عليه الغصب
(والمعدوم ليس بمحل للملك ، فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد) أي بتجديد
العقد (بخلاف ما تقدم) وهو المشاع ، فانه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد (لأن المشاع
محل للتملك) لكونه موجوداً وقت العقد ، ويتصور القبض منه ، لكن لا على سبيل
الكمال ، وهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره وهو العجز عن التسليم ، فإذا
زال المانع انقلب جائزاً ..

وقال الكرخي رحمه الله في مختصره ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو مافي
بطن غنمه أو مافي ضرعها ، أو وهب له سمناً من لبن قبل أن يسلي ، أو زبد منه قبل أن
يمخض أو دهناً من سمسم قبل أن يعصر أو زيتاً من زيتون أو دقيقاً من حنطة وسلطه على
قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك ، فان ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين
يهبه ويسلطه على قبضه ، لأن الدين الذي في ذمة الغريم لم يجوز بيعه منه وهبته له وغير
ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه ، انتهى .

(وهبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر
في النخيل بمنزلة المشاع) يعني لا يجوز كما في المشاع ، وعند الثلاثة يجوز ، ثم عندنا إذا
حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذا وهبه

لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع . قال وإذا
كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ،
لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ،

وسلمه ، وكذا لو قطع الثمر والزرع وسلمها (لأن امتناع الجواز للاتصال) أي يملك
الواهب لا لكون هذه الاشياء معدومة بدليل ان الصوف على أظهر الغنم واللبن في الضرع
عمل التملك ؛ حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله ، وبالفصل ينعدم الشروع .
والأصل في حسن هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض ،
والقبض الناقص يمنع صحة الهبة ، فعلى هذا إذا وهب داراً فيها متاع الواهب أو جراباً
أو جرة القى فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة ، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع
التسليم فارغاً صغرت أو يعتبر الإذن بالقبض بعد التفريغ ، ولا يكفي قوله سلمتها إليك
مع الشغل ، فلو وهب ما في الدار وما في الجراب أو الجوالق من الطعام فالهبة تامة ، لأن
الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه ، وقيام اليد على التبع لا يوجب
قيام اليد على الأصل ، بخلاف المسألة الأولى ، ونظير ما لو وهب جارية وعليها حل
فوهبها دون حلها وسلمها فالهبة تامة ، وكذا الدابة وعليها سرج أو لجام ، أو وهب
السرج أو اللجام دون الدابة (وذلك) أي الاتصال (يمنع القبض كالشائع) ففي الشائع
يمنع ، فكذا في الاتصال .

(قال) أي القدوري (وإذا كانت العين في يد الموهوب له) بأن كانت وديعة أو
عارية أو نحوها (ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو
الشرط) وهو موجود الاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر ،
وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإن كان الشيء وديعة في يد
شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج الى تجديد قبض ، لأن كلام القبضين ليس قبض ضمان
فكانا مجانسين . ولو كان بيده مغصوباً ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتاج إلى تجديده لأن
الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ، لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة فوجد القبض

بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه . وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ، لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة .

المحتاج اليه وزيادة شيء . ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج إلى قبض ، لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في الذخيرة وغيره .

وذكر أبو نصر في شرحه لو كان مضموناً في يده أو بالمثل بغيره كالبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواهب بالهبة ، ولا بد من تجديد القبض . ولو كان مضموناً في يد بالقيعة أو بالمثل كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج إلى تجديد القبض لوجود أصل القبض وزيادة فان قلت ما معنى تجديد القبض . قلت هو أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها .

(بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة اما قبض الهبة غير مضمون ، فينوب عنه) أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون وهو الهبة ، وقد مر مستوفى .

(وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) أي بمجرد العقد ، وهذا من مسائل القدوري (لأنه) أي لأن الذي وهبه (في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة) فلا يحتاج إلى قبض آخر ولا يشترط فيه الإشهاد إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته ، أو جحود بعد إدراك الولد . وقال عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في جحوده لا يحتاج إلى قبض جديد ، أما هل يحتاج إلى القبول لابنه الصغير فقال الشافعي والقاضي الحنبلي لا بد أن يقول بعد قوله وهبته له قبله ، وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا . وقال مالك لو وهبه بهال لا يعرف بعينه كالأثمان لم يحز إلا أن يضمها على يد غيره ويشهد عليه ، وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها .

ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده
بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغضوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً ، لأنه
في يد غيره أو في ملك غيره ، والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا
وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له ، وكذلك

(ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده) أي لأن يد
المودع كيد المودع بالكسر حكماً فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة
مقام يده .

فإن قلت لو وهب الوديعه من المودع يحوز ، فلو كانت يده كيده لم يكن قابضاً لنفسه
قلت يده كيده ما دام عاملاً له وذلك قبل الهبة ، وأما بعدها فهو عامل لنفسه .

(بخلاف ما إذا كان) أي الموهوب للابن (مرهوناً أو مغضوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً
لأنه في يد غيره) أي غير الأب فلا ينوب قبض المرتن والغاصب عن قبض الهبة للولد
(أو في ملك غيره) أي الذخيرة أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه صحت الهبة
لأنه في يده حكماً ، فلو لم يرجع حتى مات الأب فهو للولد ولا يصير ميراثاً ، وكذا لو
وهب عبداً إبقاء من ابنه الصغير ، فما دام متردداً في دار الاسلام تجوز الهبة والأب قابض
له بنفس الهبة . وفي فتاوى أبي الليث وهب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاع الواهب جاز ،
وفي المنتقى عن محمد لو وهب داره لابنه وفيها ساكن بأجر لا يحوز ، ولو كان بغير أجر
يجوز ، لأن في الأول يتبع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني (والصدقة في هذا
مثل الهبة) أراد أن الصدقة في الحكم المذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير
ملكها الابن بعقد الصدقة ، فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز ، بخلاف ما إذا تصدق
بما في يد المرتن والغاصب والمشتري بالشراء الفاسد ، والتعليل هو التعليل .

(وكذا إذا وهبت له أمه وهو) أي والحال أنه (في عيالها والأب ميت ولا وصي له)
هاتان الجملتان أيضاً حال ، قيد بقوله في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية ، قيد بموت
الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) يعني

كل من يعوله . وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب ، لأنه
يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع . وإن
وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم

كل من يعول الصغير إذا قبض الهبة له يصح كالأخ والعم والأجنبي ، وعند الثلاثة إذا
وهب للصبي غير الأب من الأولياء لا بد أن يوكل من يقبل له ويقبضه له فيكون الإيجاب
منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع .

وقال ابن قدامة في المغني والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ، قيل
أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض هؤلاء
إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه ، والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه .
فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء
كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً ، لأنه ليس هؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية
من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض
من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية لا حينئذ . ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في
الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة .

قلت هذا ليس باطلاق ، وإنما هو اقتصر في التقييد ، وذلك لان قوله وكذا كل من
يعوله عطف على قوله وكذا إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له ،
فيكون هذا في المعطوف أيضاً ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح
مثل الاب في أكثر الاحكام ، ووصيه كوصي الاب .

(وإن وهب له) أي للصغير (أجنبي هبة تمت بقبض الاب ، لأنه يملك عليه الامر
الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع) الضائر فاعل من ضار يضير
والضير والضرر ، وهو لغة من الضر . وفي بعض النسخ الضار بتشديد الراء ،
وكلاهما واحد .

(وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو) أي وليه (وصي الاب أو جد اليتيم

أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب . وإن
كان في حجر أمه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع إلى
حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لانه لا يبقى إلا بالمال ، فلا بد من
ولاية تحصيل وهو من أهله .

أو وصية الجد جاز ، لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وإن كان (أي اليتيم) في
حجر أمه) أي كنفها وتربيتها (فقبضها له) أي قبض الهبة لليتيم (جائز لان لها
الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه) أي قبض الهبة له من باب
الحفظ (لانه لا يبقى إلا بالمال) أي لان حفظ اليتيم لا يبقى بقاؤه إلا بقوت وملبوس
(فلا بد من ولاية التحصيل) فلا بد أن يكون بسبيل من التحصيل في حقه ، فصار
ذلك من ضروراته . وكذا إذا كان في حجر أجنبي يريه ، لان له عليه يدأ معتبرة .
ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه ، لانه
صار كالخلف ، والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل . وإن قبض الصبي الهبة
بنفسه جاز ، معناه إذا كان عاقلا ، لانه نافع في حقه (وهو من أهله) أي الصبي من
أهل التصرف يتمحض نفعا له .

وفي المبسوط هذا جواب الاستحسان وهو قولنا ، أما في القياس لا يجوز قبضه
بنفسه وإن كان عاقلا ، وهو قول الشافعي . وفي رواية عن أحمد إن قبضه بإذن الولي
صح ، وعنه كقولنا .

فإن قيل عقل الصبي إما أن يكون معتبرا أولا ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح
قبضه ، وإن كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته . فالجواب
أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفي اعتبار
الخلف توفيرها أيضا لانه يفتح به باب آخر ، فتحصلها كان جائزا نظرا له ، وهذا لم
يعتبر في المتردد بين النفع والضرر لباب المضرة عليه ، لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم
به النظر في عواقب الامور ، فلا بد من حره [كذا] برأي الولي .

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف
لتفويض الأب أمورها إليه دلالة . بخلاف ما قبل الزفاف
ويملكه مع حضرة الأب . بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث
لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن
تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة .

(وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف) بكسر الزاي مصدر من
زفت العروس إلى زوجها ، أي هديتها (لتفويض الأب أمورها إليه دلالة) حيث زفها
إليه وهي صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال ،
لكن لا يبطل بذلك ودلالة الأب حتى لو قبضها جاز . وذكر المصنف الزفاف وذكر في
الإيضاح الدخول . وفي الذخيرة شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة أن يكون
يجمع مثلها حتى لو لم يجمع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض أصحابنا ، والصحيح
أنه إذا كان يعولها صح قبضه عليها ، يجمع مثلها أو لا لما ذكرنا . ولو أدركت لم يعجز قبض
الزوج ولأب لأنها صارت ولاية نفسها حين بلغت عاقله كذا في المبسوط .

(بخلاف ما قبل الزفاف) لأنه قبل الزفاف لا يكون عليها بل مستحقه (ويملكه)
أي يملك الزوج قبض الهبة (مع حضرة الأب) احتراز به عما ذكر في الإيضاح أن قبض
الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً (بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها) أي غير
الأم (حيث لا يملكونها) أي قبض الهبة لها (إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة
في الصحيح) قيل الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب . قال صاحب النهاية وإنما
قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد الموت ، أو
غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع عوله في الصحيح احترازاً عنها . قلت
كان حق الترتيب في التركيب أن يقول ويملكه مع حضرة الأب في الصحيح ، بخلاف الأم
وعبارته لا تخلو عن الإبهام (لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره
لا ضرورة) احتراز بقوله لا بتفويض الأب عن تصرف الزوج لما ذكرنا أن ولاية الزوج

قال وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لانهما سلامها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوخ وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة . وقالوا يصح لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ ، كما إذا رهن من رجلين داراً . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما . ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح . ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف

بتفويضه أمورها دلالة إليه ، أما قبض غير الأب عليه إنما يصلح للضرورة ، ولا ضرورة عند حضور من له ولاية .

(قال) أى القدوري رحمه الله (وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز ، لأنهما سلامها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوخ) لأن المانع هو الشيوخ عند القبض وقد انتفى . ونقل صاحب الاجناس عن الأصل إذا وهب رجلان داراً من رجل جاز في قولهم . ولو وهب رجل من رجلين داراً لم يحز في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد جاز في الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعاً ، وكذلك في الإجارة من رجلين جاز .

(وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالوا يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ ، كما إذا رهن من رجلين داراً) فانه يجوز فالهبة أولى ، لأن تأثير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة ، حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتل القسمة دون الهبة . وبه قالت الثلاثة .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما) وهذا يثبت الملك في النصف هذا ، وفي النصف هذا بالاجماع (ولهذا) أى ولأجل كون هذه هبة النصف من كل منهما (لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بمقد على حده (ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف) هذا استدلال ثان ، والفرق بين الاستدلالين أن الأول من جانب التملك ، وهذا من جانب الملك ، فإذا ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف (فيكون التملك كذلك)

فيكون التملك كذلك، لانه حكمه على هذا الاعتبار يتحقق الشيوع
بخلاف الرهن، لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملاً فلا
شيوع، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن. وفي
الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما
جاز. ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز.

أى كالمملك يكون لكل واحد منهما النصف (لأنه حكمه) أى لأن بالتملك حكم الملك
فاذا ثبت الملك مشاعاً ثبت التملك كذلك لأنه حكمه الحكم يثبت بقدر دليله (وعلى
هذا الاعتبار) أى الاعتبار المذكور ، وهو ثبوت الشيوع في التملك بثبوت الملك مشاعاً
(يتحقق الشيوع) فتفسد الهبة .

فإن قلت التملك يحصل بالتسليم ، ولا شيوع فيه دون القبض ، والمملك يتعلق
بالقبض لبقى الضمان عن المتبرع ، فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض .
قلت التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ، ولانه طريق
للقبض ، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال يعتبر التسليم .

(بخلاف الرهن) جواب استشهاد انه (لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما)
أى من المرتنين (كملاً) نصب على الحال من الضمير الذي في ثبت ، أى كاملاً ، فإذا كان
حكمه الحبس (فلا شيوع فيه ولهذا) توضيح لما ذكره (لو قضى) أى المراهن (دين
أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن) لأن حكمه الحبس فيتصور أن يكون ملك الحبس ثابتاً
لكل واحد على الكمال إذ لا تضايق في الحبس ، بخلاف ملك العين ، فانه لا يتصور
إثباته لكل واحد على الكمال .

(وفي الجامع الصغير) إنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف
بينهما وبين رواية المبسوط (إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو
تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز) عند أبي حنيفة . حاصل هذا أن أبا حنيفة

وقالا يجوز للغنيين أيضاً جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة ، لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل .
وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض . ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان .

رضي الله عنه جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير والصدقة مجازاً عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود المجوز إذ كل منهما تمليك بغير بدل .

(وقال يجوز للغنيين أيضاً يعني كما يجوز للفقيرين مطلقاً فكذلك يجوز للغنيين مطلقاً (جعل) أي أبو حنيفة رحمه الله (كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما) أي من الهبة والصدقة (تمليك بغير بدل) فإذا كان كل منهما تمليكاً بلا بدل يجوز استعمارة أحدهما عن الآخر لوجود العلاقة (وفرق) أي أبو حنيفة رحمه الله (بين الصدقة والهبة في الحكم) حيث جواز الصدقة والهبة في الحكم (في الجامع) حيث يجوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين .

(وفي الأصل) أي المبسوط (سوى) أي الحكم (فقال وكذلك الصدقة) أي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده لا يجوز الهبة ، وهذا كما ترى لم يفرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوخ فيها عن الجواز ، وعلل بقوله (لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما) أي لتوقف الهبة والصدقة (على القبض) والشيوخ يمنع القبض على الكمال .

(ووجه الفرق) أي بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز (على هذه الرواية) أي رواية الجامع الصغير (ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد) لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخالص ، فلا شيوخ فيها ، وإنما يصير الفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق المودع ، فصار كالهبة إذا وقعت الواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له (والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان)

وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين .
ولو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند
أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يجوز . ولو قال
لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف « رح » فيه روايتان .
فأبو حنيفة « رح » مر على أصله ، وكذا محمد « رح » .

لأن فرض المسألة فيه (وقيل هذا هو الصحيح) أي المذكور في الجامع الصغير من جواز
الصدقة على فقيرين هو الصحيح ، فإذا كان هذا هو الصحيح يحتاج ما ذكر في الأصل إلى
التأويل ، أشار اليه بقوله (والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين) فيكون
مجاز الهبة والمجنون ما ذكرناه فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين ، فلا يحتاج
إلى الفرق .

(ولو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله . وقال محمد يجوز) وبه قالت الثلاثة التفصيل في الهبة إذا كان ابتداء لم
يجز بلا خلاف ، سواء كان التفصيل بالصاد المهمة بالتفصيل كقوله وهبت ثلثيه الآخر أو
بالتساوي كقوله للشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك هذا لم يذكره في الكتاب وإن
كان بعد الإجمال لم يجز عند أبي حنيفة سواء متفاضلا أو متساوياً بناء على أصله ، وجاز
عند محمد مطلقاً بناء على أصله . وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ، ففي المفاضلة لم
يجوز . وفي المساواة جوز في رواية ، أشار إليها بقوله (ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر
نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) هذا ظاهر كلام المصنف . وجعل السفناتي هذا
أعني قوله ولو قال إلى آخره تفضيلاً ابتدائياً . ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة
والإيضاح وغيرهما انه لم يجوز بلا خلاف وليس بظاهر ، لأن المصنف عطف ذلك على
التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائياً .

(فأبو حنيفة « رح » مر على أصله وكذا محمد) أي وكذا محمد مر على أصله ، لأن
هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوي أولاً ، ألا ترى أن في البيع من

والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده
ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوخ ، ولهذا لا يجوز إذا رهن
من رجلين ونص على الابعاض .

رجلين يجعل بيعاً واحداً منهما نص على التفاضل أولاً فكذا هنا (والفرق لابي يوسف أن
بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوخ) هذا
دليل على صورة التفصيل بالمهمة بالتفصيل . وعلى صورة بالتساوى على رواية عدم الجواز .
وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو اصل محمد « رح » فليست محتاجة
إلى الدليل ، وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قاله السفناقي أن في قوله إن بالتنصيص على
الابعاض يظهر ان قصد ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع
خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلافاً من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيص
بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار نصفها ، ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز
عند التنصيص على الابعاض بالتنصيص إذا لم يتقدمه الاجمال ، ووجه ظهور خلله انه إنما
يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه ، وأما صورة الجواز
فليست بحاجة إلى الدليل لجريانها على أصله .

(ولهذا) توضيح لدلالة التنصيص على الابعاض على تحقيق الشيوخ في الهبة بالتنصيص
على الابعاض في الرهن ، فقال وهذا (لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الابعاض) بان
قال رهنكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا ، والنصف الآخر عند هذا
كان فاسداً لأن بالتفصيل يتفرق العقد ، فكذا هاهنا ، أما إذا نص على التناصف فقد
أمكن تصحيح العقد يجعل هذا مجازاً عن موجب العقد ، لأن مطلق العقد يقتضيه ، فلا
يكون حاله التفصيل مخالفاً لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغواً فلا يختلف العقد ، فلم
يعتبر شيوخاً في العقد ، بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد ، لأن
التفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره فيفرق العقد .

وفي الإسرار وكلام محمد وصح لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد هاهنا
ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين وإنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب والمطل
الهبة نفس الشيوخ لا شيوخ متفاوتة .

قال السكاكي وتأخير دليل محمد رحمه الله في المبسوط دليل على اختياره قول محمد رحمه الله وفي نوادر ابن رستم عن محمد « رح » لو دفع درهمين فقال أحدهما لك هبة والآخر يكون عندك وديعة فضاءاً جميعاً يضمن درهما ، وهو في الآخر أمين ، وإنما ضمن الدراهم الهبة لأنه أخذ على فساد ، لأنه الهبة كانت غير مقسومة ، وهكذا نقل في الاجناس من النوادر وهذا يشعر بأن الهبة الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له . ألا ترى إلى ما ذكر في المضاربة الكبيرة ، ولو دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم يجز الهبة لأنه مشاع ، ولو هلك عند القابض ضمن النصف وهو خمسمائة درهم .

وقال الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال لرجل آخر لك درهم منهما فالمسألة على وجهين إن كانا مستويين لا تجوز الهبة ، وإن كانا مختلفين تجوز والفرق في الآل تناولات الهبة أحدهما وهو مجهول . وفي الثاني تناولات قدر درهم منهما مشاع لا يحتمل القسمة . وقال فيها أيضاً رجلاً وهب لرجلين درهماً صحيحاً فكلموا فيه ، قال بعضهم لا يجوز لأن تنصيف الدراهم لا يضر ، فكان مشاعاً يحتمل القسمة ، والصحيح أنه يجوز لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة ، فكان مشاعاً لا يحتمل القسمة .

وفي التقريب للقندوري قد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذا الدار لهذا نصفها صحت الهبة ولو قال وهبتك منك نصف هذه الدار ومن الآخر نصفها لم تصح الهبة لأن في الأول أوقع العقد صفقة ، ثم فسر مقتضى الصفقة في القسمة . وفي الثاني فرق أحد الإيجابين عن الآخر ، وفي النصف هبة رجل من رجلين على أربعة أوجه ، أحدها : أن يكون العقد مختلفاً ، والقبض مختلفاً . ثانياً أن يكون العقد معاً والقبض مختلفاً وكلاهما لا يجوز . وثالثها : أن يكون العقد مختلفاً والقبض مغايراً . ورابعاً : أن يكون كلاهما معاً فإن يقولوا قبلناها وقبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وهبة العين الواحدة لاثنتين من اثنتين لا يجوز عنده خلافاً لهما . ولو كان من واحد ثلاثة جاز عنده خلافاً لهما . قال صاحب المجتبى وفيه نظر . ولو وهب لابن صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض .

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها . وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده ،

(باب ما يصح رجوعه وما لا يصح)

لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بمقد باب عليها .

(وقال وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) أي في الهبة ، والمراد الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان دون الأقوال لصحة الرجوع ، فيؤدي الأول أن يكون لأجنبي وهو هاهنا من لم يكن ذا رحم محرم فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنّي الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذّي رحم كالأخ الرضاعي ، الثاني : أن يكون قد سلمها إليه لأنه قبل التسليم يجوز مطلقاً ، الثالث : أن لا يقتزن بشيء من موانع الرجوع ولعله لم ينبه على القيدن الأخيرين اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه . (وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) وبقوله قال مالك وأحد في ظاهر مذهبه ، وفي هبة الوالد لولده عن أحمد في رواية لا يرجع . وعن مالك إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب بأن زوج لأجله أو جهز لابنته لا رجوع فيه . وكذا إذا انتفع الولد به ، وفي غير ذلك له الرجوع . وللشافعي في غير الأب من الأصول قولان ، أحدهما لا رجوع لأن الخبر ورد في الأب ، وأصحهما أنهم كالأب . وعزّ مالك لا رجوع لهم سوى الأم . وقال أحمد لا رجوع لها أيضاً فأما غير الأصول من الأقارب كالأخ والعم وسائر الأقارب كالأجنبي .

ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده ، بخلاف
هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له .

وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع وكل من وهب هبة فليس فيها رجعة
إلا للوالدين خاصة ، فان لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يتدانا أو يتزوج ، فإن تدان
أو تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة ، فان تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها
رجعة ، وإن باعها الولد وأخذ ثمنها لم يكن للوالد إلى الثمن فيها سبيل ، انتهى . وفي
وجيز الشافعية ولا رجوع فيها إلا للوالد فيما يهب لولده ، وفي معناه الولد والجد وكل
أصل . وقيل إنه يختص بالأب وإن تصدق الأب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف ، وتلف
الموهوب أو زال ملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة ، وقال الحزني لا يحل
لواهب ان يرجع في هبته وله أن يرجع في هديته ، وإن لم يثبت عليها إلا الأب .

وأما الحديث أخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن
طاووس عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم عن النبي ﷺ قال لا يعزل رجل أن
أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الذي يعطى
المطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فاذا شبع فأتى عاد في قبته . قال الترمذي
رحمه الله حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال
حديث صحيح الإسناد ، ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني
في سننه .

(ولان الرجوع يضاد التمليك ، والعقد لا يقتضي ما يضاده) فوجب ان يلزم كالبيع
(بخلاف هبة الوالد لولده على أصله) أي على أصل الشافعي ، فإن من أصله أن للأب
حق الملك في مال ابنه ، لانه جزؤه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه . وقوله
بخلاف ... إلى آخره جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد ، وتقديره
إياك نسلم ذلك (لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له) لان الولد كسبه أو بعضه فلم يتم
التمليك كما في الزكاة .

ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها

(ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها) قال الأتراسي فيه نظر ، لأنه من كلام علي رضي الله عنه لا من كلام النبي عليه السلام وقد مر ذكره ، وأشار به إلى ما ذكره قبل هذا . وحديث الطحاوي عن سليمان عن عبد الرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال سمعت القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن أبي عن علي قال الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها .

وحديث الكرخي في مختصره قال حدثنا الحضري قال حدثنا يحيى قال حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن أبي عن علي رضي الله عنه قال الرجل أحق بهبته ما لم يشب منها ، قلت كيف يقول الأتراسي فيه نظر ، فكأنه لم يطلع على كتب القوم . وهذا الحديث قد رواه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، أما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن ماجه في الأحكام عن إبراهيم بن اسماعيل بن جمع بن حارثة عن عروة بن دينار عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل أحق بهبته ما لم يشب منها . وأخرجه الدارقطني في سننه وابن أبي شبة في مصنفه .

وأما حديث ابن عباس رضي الله عنه فله طريقان ، أحدهما عند الطبراني في معجمه حدثنا محمد بن أبي شبة حدثني أبي قال وجدت في كتاب أبي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يشب منها ، فإن رجع في هبته فهو كالذي بقي ثم يأكل فيه . الطريق الثاني عند الدارقطني في سننه عن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ما لم يشب منها ، ولكنه كالكلب يعود في قبته .

وأما حديث ابن عمر رضي الله عنه فرواه الحاكم في المستدرك حدثنا أبو أحمد بن خادم ابن أبي عروة حدثنا عبيد الله بن موسى حدثنا حنظلة بن أبي سفيان قال سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يشب منها ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه إلا أن يكون الحمل

أي لم يعوض ، ولأن المقصود بالعقد^(١) هو التعويض للعادة ،
فثبت ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله .

فيه على شيخنا ، ورواه الدارقطني في سننه .
فإن قيل قد قال البيهقي غلط فيه عبيد الله بن موسى والصحيح رواية عبد الله بن وهب
عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضي الله عنه في قوله وإسناد حديث أبي هريرة البق ،
إلا أن فيه إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف عند أهل الحديث فلا يبعد منه الغلط والصحيح
رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر فرجع الحديث إلى
عمر رضي الله عنه من قوله وقال ابن القطان في طريق الطبراني هو لم يصل إلى العزمي إلا
على لسان كذاب وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلي ، فلعل الحيانة منه . قلت حديث
ابن عمر صحيح مرفوعاً ، وفي روايته تفاوت ، كذا قال عبد الحق في الأحكام وصححه
ابن حزم ، وكذا قال الحاكم كما ذكرناه ، وقد توبع رواية كما أخرجه الدارقطني عن إسماعيل
الصغار عن علي بن سهل عن عبيد الله فلا حمل على شيخ الحاكم ، ولا نسلم للبيهقي أنه وهم ،
بل يحمل على أنه لعبيد الله في أسناده لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا
يكون حجه ، لأن ذلك لا يصح ، لأن قوله أحق يدل على أن لغيره حقاً فيها ولا حق
لغيره قبل التسليم . ولأنه لو كان كذلك بخلاف قوله ما لم يشب منها عن الفائدة إذ هو
أحق قبله وإن شرط العوض .

(أي ما لم يعوض) هذا ليس من الحديث ، بل هو تفسير لقوله ما لم يشب وهو على
صفة المجهول من الإثابة وهو التعويض ، وأصله من الثوب وهو الرجوع . يقال تاب
الرجل يشوب ثوباً وثوباً .

(ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت ولاية الفسخ عند فواته) أي فوات
المقصود (إذ العقد يقبله) أي الفسخ ، قيل فيه نظر ، لأن المقاصد بالهبات مختلفة ، فقد
يكون المقصود مكافأة الموهوب عن إحسانه ، وقد يكون الحاصل على الهبة مجرد
الحبة ، وقد يكون المقصود نسج المودة أو النفع بالبدن أو بالجاه ، وتسمى رشوة أو

(١) بالهبة - هامش.

والمراد بما روي نفى استبداد الرجوع واثباته للوالد فإنه يتملكه
للحاجة ، وذلك يسمى رجوعاً ،

العوض المالي وليس القصد منحصرأ في التعويض بالمال ، حتى يقال انه إذا لم يثبت من الهبة
بالمال ، والتعويض غير مشروط انه يجوز الرجوع فيها ، ويمكن ان يحاج عنه بأن المقصود
غالباً هو العوض المالي ، أشار إليه بقوله العادة يعنى عادة الناس غالباً من هباتهم التعويض
بالمال . ولهذا يقال - الابادي فروض (١) - وقد تأبدت بالشرع ، قال عليه السلام تهادوا
تحابوا ، والمعروف كالمشروط ، والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين .

فإن قيل يشكل على هذا ما إذا وهب لعبد ذي رحم محرم ، فإن له أن يرجع على
قول أبي حنيفة ومع انه ليس من أهل التعويض . وكذا في هبة الفقير . قلت هو من أهل
أن يعوض بمنافعه التي توجد منه ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى . وأما
الهبة للفقير فعبارة عن الصدقة ، وقال صاحب العناية لأن العادة الظاهرة أن الانسان
يهدى إلى من فوقه ليصونه يجاهه وإلى من دونه ليخدعه وإلى من يساويه ليعوضه قلت
فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثلث ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض .

(والمراد بما روى) أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي وهو على صيغة المجهول
ويجوز صيغة المعلوم بأن يكون الشافعي فاعله ، وأشار بهذا الكلام إلى الجواب عن هذا
الحديث ، تقريره أن المراد به (نفى استبداد الرجوع) أي عدم استقلال الواهب
بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فإنه ينفرد بالأخذ
لحاجته بلا قضاء ولا رضى ، وهو معنى قوله (واثباته) أي اثبات الرجوع (للوالد فإنه
يتملكه للحاجة) أي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا (وذلك يسمى
رجوعاً) أراد أن رجوع الوالد عند الحاجة إنما يسمى رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم
يكن رجوعاً في الحكم ، قيل فيه نظر لأن النبي عليه السلام استثنى الوالد ولم يقيد جواز
رجوعه فيها وهب لولدها حاجة فيجب إجزاؤه على إطلاقه ، وليحصل الفرق بين اخذ
من مال ولد ورجوعه فيها وهبه إياه .

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل ، اهـ مصححه .

وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة
لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيته ، وهذا لاستقباحه

وتأويل آخر أن المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة ، وهذا جاء في أكثر الروايات
بلفظ لا يحل ، فكان بمنزلة قوله ﷺ لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبیت
شبعان وجاره جنبه طاوي ، أي لا يليق ذلك ديانة ومروءة . وإن كان جائزاً في الحكم
إذا لم يكن عليه حق واجب ، وهكذا يقول لا يليق الرجوع ديانة ومروءة ،
فيكون مكروهاً.

(وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في كتابه (فله الرجوع لبيان الحكم ، أما
الكراهة) أي في الرجوع (فلازمة لقوله ﷺ العائد في هبته كالعائد في قيته) هذا
الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس عن
النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالعائد في قيته ، زاد أبو داود قال قتادة ولا نعلم
القيء الآخر . وأما في بعض نسخ الهداية العائد في هبته كالكلب يعود في قيته ، وهو
كذلك في غالب كتب اصحابنا . وهكذا أخرجه البخاري ومسلم عن طاووس عن
ابن عباس أن النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيته .

(وهذا) أي تشبيه النبي عليه السلام (لاستقباحه) واستقذاره لا في حرمة الرجوع
كما زعم الشافعي ، ألا ترى انه قال في رواية أخرى كالكلب يعود في قيته ، وفعل
الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح . قيل قد استدل المصنف على
كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ، ثم يشترطون في جوازه الرضى والقضاء ، ولذا
كان الرجوع بالرضى فلا كلام فيه ، ولا إشكال ، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ
للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ، وكيف يكون إعانة على المعصية التي هي معصية
أخرى فتبيح للجواز . وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فيعد كذلك ، لأن قضاء
القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال . وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على
وصوله إلى حقه ، فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً ، والقاضي
غير مشرع .

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو يزيد زيادة متصلة

وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في الأصل الرجوع في الهبة فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر ضعيف مكروه ، ولا يقال أن اشتراط القضاء ليرتفع الخلاف ، لأن القضاء في مسائل الخلاف إنما يشترطه المخالف في ثبوت الحكم .

(ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) أى ذكر القدوري بعض الموانع قبل الموانع سبقه جمعها القابل في قوله موانع الرجوع في فضل الهبة بسبعة حروف ، دمع خزقه ، فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب ، والعين العوض ، والخاء الخروج عن ملك الموهوب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة والهاء هلاك الموهب . وذكر شيخ الإسلام المعروف بتجواهر زادة في مبسوطه أن الموانع تسعة ، وذلك لأن الموت على قسمين ، موت الواهب وموت الموهوب له ، والتاسع التغير من جنس إلى جنس .

(فقال) أي القدوري (إلا أن يعوضه عنها) أى إلا أن يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة (لحصول المقصود) لأن مقصوده كان التعويض وقد حصل ، قال أصحابنا إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد ، وأما إذا عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لأنه غير مستحق على الموهوب له ، وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة وليس كذلك إذا شرطت في العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع وتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل ذلك أنه قد صار عوضاً عنها . وذكر في التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء (أو يزيد) أى العيب الموهوبة (زيادة متصلة) كالفرس والبناء والسمن ، وبه قال أحمد . وفي رواية أخرى لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده .

قال الشافعي لا تمنع هذه من الرجوع في موضع الرجوع . وفي الروضة إن كانت الزيادة متصلة كالولد والكسب رجع في الأصل وبقيت الزيادة للتهيب ، ولو كان الموهوب ثوباً فضيعة الإبن رجع في الثوب والإبن شريك في الصبغ ولو قصره أو كان حنطة فطحنها أو غزلاً فنسجه فإن لم ترد قيمته رجع ولا شيء للإبن وإن زادت .

لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها

فإن قلنا القسارة عين فالأبن شريك ، وإن قلنا أثر فلا شيء له ولو كان أرضاً تبنى فيها أو غرس رجع الأب في الأرض وليس له قطع البناء والفراش مجاناً لكنه يحرس إلا لبقاء بأجرة أو التملك بالقيمة أو القلع وغرامة النقص كالعارية ، انتهى . ومذهب مالك في هذا الفصل انه يمنع الرجوع كذهبننا . وقال في الجواهر ولو زادت أي العين الموهوبة في عينها أو نقصت منع ذلك في الرجوع فيها . وقال مطرف وابن الماجشون لا يمنع ذلك من اعتبارها ، وفيه أيضاً وبغير الهبة في قيمتها تتغير الأسواق لا يمنع من الرجوع فيها ، انتهى وإنما قيد بقوله متصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف ، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع .

وفي الذخيرة لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد . قال أبو يوسف إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها ، والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شيء يوجب زيادة في قيمته ما لو زاد في نفسه ولم يوجب ذلك زيادة في قيمته ، كما لو طال الغلاء لا يمنع أيضاً تلك الزيادة يوجب نقصاً فيه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع أيضاً ، وكذا الحكم في جميع الحيوانات والثمار وغير ذلك ذكره في المحيط .

فإن قيل ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس ، أجيب بأن الرد في المنفصلة ، إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً أو على الأصل ، ووجد لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول أصح ، لأن العقد لم يرد عليها ، والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني ، لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه يبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو ربا ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تقض إلى الربا ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فيه إسقاط حقه برضاه ، فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فإن الرجوع ليس برضى ذلك وباختياره فكانت مانعة .

(لأنه) أي لأن الشأن (لا وجه إلى الرجوع فيها) أي في العين الموهوبة (دون

دون الزيادة لعدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت
العقد . قال أو يموت أحد المتعاقدين لأن يموت الموهوب له ينتقل
المملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته ،

الزيادة لعدم الإمكان (الفصل (ولا مع الزيادة) أى لا وجه للرجوع ايضاً مع الزيادة
(لعدم دخولها تحت العقد) أى لعدم دخول الزيادة في العقد وليست بموهوبة فلم يصح
الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة ، فامتنع الرجوع أصلاً .

فإن قلت حق الرجوع ثابت في حق الأصل فيسري إلى أوصافه . قلت ثبوت الحكم
في التسع ثبوته في الأصل ، لأنه عرض قائم بالواهب وليس بوصف للحمل ، ولا يقال المملك
لا يوصف للزوم من أوصافه . وفي الذخيرة الزيادة من حيث الشعر لا تمنع ، لأنها ليست
زيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس ، والعين بمجالها ، ولو علمه القرآن أو الحرفة
أو أسلم أو قضى دينه فهذا لا يمنع عند أبي حنيفة وزفر « رح » لأنها ليست بزيادة في
العين كالسعر . وعند أبي يوسف ومحمد وأحمد « رح » يمنع لأنها زيادة معنوية . ولو اختلفا
في الزيادة فالقول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد . وعند زفر القول للموهوب له لأنه
ينكر حق الواهب في الرجوع .

(قال أو يموت أحد المتعاقدين ، لأن يموت الموهوب له ينتقل المملك إلى الورثة ، فصار
كما إذا انتقل في حال حياته) لأن الثابت للوارث وإن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلى المحل
حتى يرد بالعيب ويرد عليه ، ولكن في حق المالك هو ملك جديد لأنه صار له بعد أن لم
يكن . وهنا يجب الاستبراء أو يحل له لو كان صدقة ، فصار كأنه انتقل إليه في حال
حياته ، فيمنع الرجوع وبهذا أخرج الجواب عما يقال لم يحل موت المورث في حق خيار
العيب بمنزلة انتقال المملك إلى الورثة وجعل هاهنا بمنزلة انتقاله إليهم . وتحقيق الجواب
أن التوريث إنما يجري في الأعيان لا في الأوصاف ، وفي خيار العيب يستحق المورث
سليماً والذي اشتواه معيماً وهو الذي انتقل إلى وراثته ، فيكون له الخيار في العين . وأما
هاهنا فليس له ذلك لأنه يؤدي إلى توريث الخيار وهو وصف محض فلا يصح .

وإن امارات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو ما أوجبه أو
يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ، لأنه حصل بتسليط فلا ينقضه ،
ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه . قال وإن وهب لآخر أرضاً بيضاء
فنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً أو أرياً وكان ذلك

(وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه) أي ما أوجب الملك
للموهوب له ، فلا يكون له حق الرجوع بالنص ، لأنه أوجب الرجوع للواهب وهو
ليس بواهب .

(قال) أي القدوري (أو يخرج الهبة) أي العين الموهوبة وفي بعض النسخ أو يخرج
الموهوب (عن ملك الموهوب له ، لأنه حصل بتسليط) أي لان خروج ملك الواهب
عن ملك الموهوب له حصل بتسليط الواهب (فلا ينقضه) لان سمي الانسان في نقص ما
تم من جهته مردود (ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه) لان سمي الانسان في نقص
ما تم من جهته مردود ، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه وهو التملك ، وتبدل الملك
كتبدل العين لم يكن له الرجوع ، فكذا في تبديل السبب .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان وهب لآخر أرضاً بيضاء) أراد به أرضاً خالية
مكشوفة عن الشواغل (فأنبت) أي الموهوب له (في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو
دكاناً) وهي مصطبة مرتفعة وعرف الناس الدكان هو الذي يسكنه السوق وهو معروف
(أو أرياً) بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو العلف عند العامة
وهو مراد الفقهاء ، والارى في اللغة مجلس الدابة ، وقد يسمى الآخر وايا وهو حبل
يشد الدابة في مجلسها ، وهو في التقدير فاعل والجمع الاواري يخفف ويشدد بقول منه
أرأيت للدابة تاوية وتاوى . وبالمكان إذا قام به (وكان ذلك) الواو للحال ، والتقدير
والحال أنه قد كان ذلك ، والإشارة إلى المذكور من قوله انبت في ناحية منها نخلاً إلى
آخره . وفي الذخيرة وإن كان ذلك لا يعد زيادة كالارى أو يعد نقصاناً كالنتور في
الكشانية لا يمنع الرجوع ، قيد به لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان

زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها ، لأن هذه زيادة متصلة . وقوله وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً ، وقد تكون الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها

بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها (زيادة فيها) أى في الأرض ، وقد أعاد بعض الشراح الضمير إلى الدار وليس كذلك ، لأن المذكور هو الأرض ، وإنما حمله على ما ذكره في الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه .

وقوله وكان ذلك ... فيما يريد بهذا أن بنى دكاناً بعد ذلك زيادة في الدار ، وهذا لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار ، فإنه يزداد قيمة بها كل الدار ، كما إذا كان في أجدر عينها بياض فتزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية وإن كان في موضع خاص كذهن (فليس له أن يرجع في شيء منها ، لأن هذه زيادة متصلة) فالاتصال يمنع الرجوع .

(وقوله وكان ذلك زيادة فيها .. إشارة) بهذا إلى بيان فائدة التقييد في الجامع الصغير بقوله وكان ذلك زيادة فيها (إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً) وقد تكون الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها (أي في غير القطعة التي فيها الزيادة . وقال شيخ الإسلام على الدين الأسديجاني ^(١) في شرح الكافي ، وهو إذا كانت الأرض صغيرة يزيد بها الغرس ، فأما إذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في المكان الذي غرس فيه الأشجار فيكون وضع مسألة الكتاب في الأرض الصغيرة . قال وإن كانت الهبة داراً فانهدم البناء كان له أن يرجع في الباقي ، لأن هذا نقصان في الهبة ، والنقصان لا يمنع الرجوع ، وكذلك

(١) ذكره قبل علاء الدين ، والصحيح علي بن أحمد الأسديجاني ، والأسديجاني اثنتان ، الثاني منهما أحمد بن منصور وهو من يذكره صاحب معجم المؤلفين بأنه شرح الكافي ، اهـ مصححه .

قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع ، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كل ، فكذا في نصفها بالطريق الأولى وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها

إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره ينقطع حقه في المسجد أو وضع فيه يوارى أرباباً أو حصص ليس له الرجوع ، لأنه يترك عادة .

ولو وضع فيه حباً أو علق قنديلاً له الرجوع . والنقل والنقب في اللؤلؤة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع ، ولو وهبه عبداً صغيراً شاخ ونقصه قيمته سقط الرجوع ، لأنه زاد في يده ولو ازدادت قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن باع نصفها غير مقسوم) أي إن باع الموهوب له نصف الأرض الموهوبة حال كونه غير مقسوم (رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع منها شيئاً له أن يرجع في نصفها ، لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى) هذا كله ظاهر أخصه عن زيادة البيان .

(وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) وبه قالت الثلاثة ، وفي هبة أحد الزوجين لآخر لا رجوع فيها أيضاً ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي أخرى يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس (لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها) هذا الحديث أخرجه الحاكم في مستدركه في البيوع والدارقطني والبيهقي في سننهما عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال ، قال رسول الله ﷺ إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها .

فإن قلت هذا الحديث ضعفه البيهقي ، وقال ابن الجوهري في التحقيق وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف . قلت قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم

ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل . وكذلك ما وهب أحد الزوجين
للآخر ، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة . وإنما ينظر إلى هذا
المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها ،
ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع .

يخرجاه ، ولكن الشيخ تقي الدين تعقبه في الإمام ، وقال بلى هو على شرط الترمذي ،
وخطأ صاحب التنقيح ابن الجوزي في تضعيفه عبدالله بن جعفر وقال بل هو ثقة من رجال
الصحيحين ، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات .

فان قلت قال البيهقي حديث الحسن عن سمرة هذا ليس بالقوي . قلت قد ذكر هو
في كتاب البيوع في سببه حديث الحسن عن سمرة انه عليه السلام نهى عن بيع الشاة ،
وصحح اسناده ، وقال قد احتج البخاري بالحسن عن سمرة ، فالعجب من البيهقي إذا
كان الحديث له يصححه بالاسناد الذي يضعفه عند كونه عليه ، والعجب أيضاً من بعض من
يتصدى في اتقاء الأخطار في هذا الكتاب أنه قال هذا الحديث ضعفه البيهقي وسكت على
هذا ومضى ظاناً انه نظر ، والعجب أيضاً من الأترازي مع دعواه المريضة في الحديث
حيث قال في شرحه قبل هذا قول عمر ، وكذلك قال الكاكي روى حديث آخر ضعيفاً
وسكت عن الصحيح وانتصر بالضعيف .

(ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل) لأن كل عقد أفاد المقصود يلزم ، فإن وهب
لقن أخيه أو لأخيه القن يرجع خلافاً لهما في الأولى (وكذلك ما وهب أحد الزوجين
للآخر ، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة) يعني أن ما بينهما من الزوجية للآخر نظير
القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة (وإنما ينظر إلى
هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها) لوقوع الهبة
لأجنبية ، وكان مقصوده الغرض ولم يحصل .

(ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع) لأنها وقت الهبة زوجته ، وفي جامع قاضي خان
وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتاً معلوماً فطلقها قبله فالهبة باطلة ، وإن لم يوقت

قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً ، وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً

ثم طلقها بعده فاهبة صحيحة ، لأنه وفى بالشرط . وقال الإمام الاسييجابي في شرح الكافي رجل وهب لأمرأة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها ، لأنه لم يقع مجازاة ولا صلة ، وإن وهب لها هبة ثم أبانها لم يكن له ان يرجع فيها لأنه حصل المقصود بهذه الهبة وهو تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع .

(قال) أي القدوري (وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود) الشرط فيه أن يعلم أنه عوض هبة ، فإذا لم يعلم أنه عوض هبة فإذا لم يعلم فله الرجوع في هبته والموهوب له في عوضه ، وفي جامع قاضي خان والفتاوى وصورة التعويض انه يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض هبة بأن يقول الموهوب له خذ هذا عوضاً أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك ، أما إذا لم يعلم كان لكل منها الرجوع .

وفي المبسوط سواء كان العوض شيئاً قليلاً أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها لأنها ليست معاوضة محضة ، فلا يتحقق فيه الربا ، ولا بد أن يكون العوض من مال هو غير الموهوب حتى لو عوض شيئاً من الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز ، وكذلك لو كانت الهبة داراً والعوض بيت منها لا يجوز ، وعند زفر يجوز ويشترط شرائط الهبة في العوض في القبض والإقرار لأنه تبرع (وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحداً) لأن هذه الالفاظ كلها تدل على المكافأة ، فحصل مقصود الواهب وانقطع الرجوع .

(وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً) أي حال كونه متبرعاً ، هذا ليس بقيد فان الحكم في غير المتبرع كذلك ، حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب له عوضه

فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحق
فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح . وإذا استحق نصف الهبة
رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه . وإن استحق نصف

بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع ، وإنما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير
التبرع بالطريق الاولى ، ولكن لو عوضه بأمر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه إلا أن
يضمنه الموهوب له صريحاً ، بخلاف قضاء الدين ، فانه لو قضى دين آخر بأمره يرجع عليه
سواء ضمنه صريحاً أو لا ، والفرق أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه ، فكان في الأمر
بلا أداء إسقاط المطالبة لمال مستحق ، فيملك ما في ذمته فيرجع عليه ، أما العوض في
الهبة غير مستحق على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه ، والتبرع بمال نفسه
على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان .

وقال الكرخي في مختصره لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب له الواجب عن هبته
وقبض العوض لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ، سواء عوض بأمر الموهوب له أو بغير
أمره ، ولا للعوض أيضاً أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له . وقال
شمس الأئمة البيهقي رحمه الله في الكتابة ولا يرجع على الموهوب إلا إذا قال عوض عني على
أني ضامن (فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من
الاجنبي) أي لأسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين (كبذل الخلع والصلح) أي من الاجنبي
فان المرأة تستفيد ببذل الخلع سقوط ملك الزوج عنها ، فجاز أن يكون البذل على
الاجنبي وكذلك الصلح عن انكار ، لأنه لما يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصوم يجوز
أن يجب بدل الصلح على الاجنبي حق ابتداء بدون أن يجب عليه ، وكذلك الصلح عن دم
العمد ، لأنه اسقاط أو كان الصلح عن دين سواء كان بإقرار أو إنكار . وفي المبسوط قال
كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن
المدين ، وهذا مثله .

(وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن
استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي) أي من العوض (ثم يرجع

العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع . وقال زفر
« رح » يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضاً
للكل في الابتداء وبلاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه
يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض فلم يسلم له
فله أن يرده . قال وإن وهب داراً فعوضه عن نصفها رجع الواهب في

وقال زفر « رح » يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر (وهو الهبة ، وهو قاس أحد
العوضين على الآخر ، لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العوض ، فانه إذا استحق
بعض احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله .

(ولنا انه) أي أن الباقي (يصلح عوضاً للكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضاً عن
الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء ، لان البقاء استهل من الابتداء
(وبلاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو) أي الباقي ، وعورض بأن الغرض أنه عوض
وأجزاء العوض ينقسم على أجزاء العوض ، فاذا كان الكل في الابتداء أعوضاً عن الكل
كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداءً وأجيب بأن ذلك في
المبادلات تحقيقاً لها ، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له ذلك الرجوع في شيء من الهبة
مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لانها
تم مبادلة فيودع البديل على المبدل . والجواب عن قياس زفر أن العوض يملك الواهب
العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام . وأما الواهب فيملك الهبة
ابتداءً من غير أن يقابله بشيء ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع ، والعلة لا تنقسم
على أجزاء الحكم .

(إلا انه) أي إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة
وبين أن يمسكه ولا يرجع بشيء (لانه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ، فلم
يسلم له فله أن يرده) أن يرد ما بقي من العوض .

(قال وإن وهب داراً فعوضه عن ^(١) نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض

(١) من - هامش .

النصف الذي لم يعوض ، لان المانع يخص النصف . قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم

لأن المانع خص النصف (وغاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارىء فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض .

فإن قيل قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل الكل لئلا يلزم تجزئته الإسقاط كما في الطلاق ، أجب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة ، فيجوز التجزئته باعتباره ، بخلاف الطلاق .

(قال) أي القدوري (ولا يصح الرجوع) أي في الهبة (إلا بتراضيهما) أي بتراضى الواهب والموهوب له (أو بحكم الحاكم) أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه ، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصباً ، ولو هلك في يده بضمن قيمته للموهوب له . وقال الشافعي وأحمد « رح » يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء أو الرضى . وقال شيخ الإسلام الأسبجاني في شرح مختصره الكافي ليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض ، لأن العقد انعقد بتراضيهما فلا ينفرد بالفسخ لعدم ولايته ، وإذا فسخ لا يفسخ إلا بتراضيهما على الفسخ ، فيلزمهما بتراضيهما ، انتهى .

واختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الرجوع إلا بقضاء أو تراضى ، فمنهم من قال لأن الرجوع في الهبة يختلف فيه كما ذكره المصنف ، ومنهم من قال إنما لم يكن للواهب أن يرجع بغير قضاء أو تراض لأن الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقة وتصرفاً ، فلا يثبت إلا بهما كما في الرد بالعيب بعد القبض ، بخلاف من له خيار الرؤية حيث ينفرد بالفسخ بعد القبض ، لأن ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد ، ومنهم من قال بأن الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقة وتصرفاً لا يكون إلا بقضاء أو رضا كما في الرد بالعيب ، وكصاحب الدين إذا أراد أن يأخذ دينه من جنس آخر من مال المدين لا يملك إلا بقضاء أو رضا ، بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإن من له الخيار ينفرد بالنسخ من غير قضاء ولا رضى لأنه بالفسخ مستوف عين حقه ، لأنه لم

لأنه مختلف بين العلماء ، وفي أصله وهاء

يثبت هذا الخيار لفهيات مقصود من مقاصد العقد ، كذا في المبسوط .

(لأنه) أى لأن الرجوع في الهبة (مختلف بين العلماء) قال بعض الشراح منهم تاج الشريعة لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي فكان ضعيفاً ، فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها . وقال صاحب العناية فيه نظر ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت ، قلت نظيره وارد ، لأن مذهب أبي حنيفة بالرجوع قد تقرر قبل الشافعي وأمثاله ، وكيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهد المجتهد سبباً لكونه ضعيفاً ، ولكن قوله إن ثبت منه وكيف يقول ذلك بالشك وهو مذهب جماعة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وغيرهم رضى الله عنهم .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر رضى الله عنهما قال هو أحق بها ما لم يعوض منها الهبة ، يعني الهبة ، وصححه ابن حزم ، وقال لا يخالف لهم من الصحابة . وأخرج البيهقي من حديث حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضى الله عنه من وهب هبة لهو أحق بها . ثم كلام ابن حزم يخدش كلام صاحب العناية أيضاً ، لأنه ادعى أنه لا يخالف من الصحابة فمن ذهب منهم إلى الرجوع فحينئذ يتعين على كلامه مختلف بين العلماء من التابعين .

(وفي أصله) أى وفي أصل الرجوع (وهاء) أى ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ، وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع . قال السفناقي وتبعه الأترازي والكاكي ناقلين عن المغرب أن وهاء بالمد خطأ ، وإنما هي الوهى مصدر وهى الجبل وهى وهياً إذا ضعف . وقال صاحب العناية وهو خطأ ، لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ ويخطئه ما ليس بخطأ خطأ . قلت قال الجوهري وهى السقاء بهى وهياً إذا تحرق وانشق . وفي السقاء وهى بالتسكين وهىة على التصغير ، وهو خرق قليل وهى الحائط إذا ضعف وهم بالسقوط انتهى . فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وكسرهما في الغابر نحو رمى يرمى ، ومصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء وسكون العين نحو رمى يرمى رمياً ووعى يعى وعباً .

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء
حق لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نقد ، ولو منعه فهلك لا يضمن
لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء ، لأن أول القبض

فصاحب المغرب يصيب من وجه في قوله وإنما هي الوهي يعني بتسكين العين ،
ومخطىء من وجه في قوله وهاء بالمد خطأ ، لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما
تقول في قلى يقلى قلاء وقلا فقلاء على وزن فعال ، وهاء كذلك ، وقد قال الجوهري
القلي البعوض ، فان فتحت القاف مددت نقول قلاء يقليه قلى وقلاء . وقول صاحب العناية
لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ ، لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود
المقصود حتى يد ، والمصدر بناء على وزن فعمل بالتسكين ، فمن أين يأتي المد .

نعم هذا الذي ذكره إنما يكون إذا كان المصدر على وزن فعل بتحريك العين على أن
قصر الممدود أو مد المقصور من ضرورات الاشعار فافهم . فحينئذ ينبغي أن يقدر أو في
أصله وهى بالتسكين أو وهاء بالمد وقد وقع في نسخ الهداية كلاهما وكلاهما صحيح بما
ذكرنا ، والخطأ وهى بتحريك العين والقصر ، وهكذا هو التحقيق وافتراء الخطأ
والتخطئة من التقليد .

(وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل .
وكذا إن كان غرضه إظهار الجود والسماحة ، وإن كان القرض لم يحصل فعمل الوجهين
الاولين ليس له الرجوع لحصول المقصود ، وعلى الوجه الاخير له الرجوع ، فلما تردد أمره
احتاج إلى القضاء ليتراجع جانب الرجوع على عدمه (فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء
حق لو كانت الهبة عبداً فأعتقه) أى الموهوب له (قبل القضاء نقد) أى انتقد (ولو
منعه) أى الموهوب له الموهوب من الواهب (فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه) أى ملك
الموهوب له في الموهوب .

(وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء) أى وكذا لا يضمن الموهوب له إذا هلك
الموهوب في يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب (لأن أول القبض غير مضمون

غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه ، لأنه تعد ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل ، حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع ، لأن العقد وقع جائزاً موجباً حق الفسخ من الأصل ، فكان الفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق .

وهذا دوام عليه (أى المتحقق بعد القضاء وأم على القبض الذي ينعقد سببه للضمان عليه) (إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعد) (إلا أن يمنع الموهوب عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع ، لأن منعه حينئذ تعد) (وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل) وبه قال الشافعي وأحمد رحمه الله . وقال زفر الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأ لعود الملك اليه بتراضيها فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث فاشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء (حتى لا يشترط قبض الواهب) يعني بعد الرجوع ، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض .

(ويصح في الشائع) يعني يصح الرجوع في الشائع إن رجع عن نصفه ، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع في النصف الشيوع (لأن العقد وقع جائزاً) هذا دليل على المطلوب ، تقريره أن هذا العقد وقع جائزاً غير لازم (موجباً حق الفسخ من الأصل) لثبوت حق الرجوع (فكان الفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق) يعني سواء كان بالتراضي أو بالقضاء ، لأنها يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ ، فيظهر على الإطلاق .

وفسر تاج الشريعة قوله على الإطلاق بقوله أي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير المقبوض ، والذي ذكرناه هو أقرب من الذي ذكره بقية الشراح ، يظهر ذلك بالتأمل ، ولا يلزم على هذا الرد في المرض ، فانه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث . ولو كان الرد بالتراضي فسخاً من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء ، لأن فيه روايتين ، وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله .

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة
لا في الفسخ فافترقا . قال وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق
وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبرع فلا
يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ،

وفي الاستحسان من الثلث لأنه تمليك مبتدأ ، ولكن الرد في مرضه باختياره تم بالقصد
إلى إبطال حق الورثة عما يعلق حقهم فلرد قصد يعتبر من الثلث ، لا لانه تمليك مبتدأ ،
كذا في المبسوط .

(بخلاف الرد) هذا جواب عن قياس زفر رحمه الله ، وتقديره ان الرد (بالعيب بعد
القبض) وإنما يكون في صورة القضاء خاصة (لان الحق هناك في وصف السلامة) حق
لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له (لا في الفسخ) لان العيب لا يمنع
تمام العقد ، فإذا كان ثابتاً لم يقتض الفسخ ، فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه
كان ذلك كالأبتداء عقد بينهما ، وأما القاضى فانما يقضى أولاً بما يقتضيه العقد من وصف
السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء
(فافترقا) أي الرجوع بالتراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي ، وإنما قيد بقوله
بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضاء .
وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان
للاول أن يرجع ، سواء رجع الثاني بقضاء أو بغيره خلافاً لزفر في غيره . وإذا رد المبيع
بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يردّه على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان
بقضاء فكذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك .

(قال) أي القدوري (وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب
له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة) لأنه لم يلزمها لا
صريحاً وهو ظاهر ، ولا دلالة لأنه ما سلم له شيء بخلاف المعاوضة ، لأنه سلم له البديل
فيكون ملتزماً سلامة البديل (وهو غير عامل له) أي الموهوب له غير عامل للواهب ،

والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

واحتراز به عن المودع ، فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لأجله . وعن المضارب إذا اشترى شيئاً بمال المضاربة ثم استحق رأس المال فضمنه المستحق فإن المضارب يرجع على رب المال لأنه عامل له .

(والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال أنه غره بإيجاب الملك له في المحل ، واختياره بأنه ملك والغرور يوجب الضمان كالبايع إذا غر المشتري . وتقرير الجواب أن الغرور لا يكون سبباً للرجوع في غير المعاوضة كالبيع ونحوه (لا في ضمن غيره) أي لا يكون الغرور سبباً للرجوع وغير المعاوضة يكن أخبر انساناً بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء ، فلم أن حق الرجوع إنما يثبت باعتبار عقد المعاوضة ، حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب ، ذكره في الذخيرة . وهذا لو وهب الغاصب ما غصب أو باع أو تصدق أو أجر أو رهن أو أودع أو أعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ، ويرجع المستأجر والمرتهن ، ويرجع المشتري بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب ، كذا في فصول الاستروشي .

فإن قلت لم قال والغرور في ضمن عقد المعاوضة ولم يقل في عقد المعاوضة ، فهل في زيادة لفظه ضمن فائدة . قلت نعم فإن في ولد الغرور يرجع بالقيمة على البائع وإن لم توجد المعاوضة في الولد ، ولكنه غرور في ضمن عقد المعاوضة فكان أن عقد المعاوضة بسبب الضمان فكذلك ما كان في ضمنه ، لأن المتضمن يكتسي كسوة التضمنين .

فإن قلت المودع يرجع على المودع بما ضمن ، مع أن عقد المعاوضة لم يوجد . قلت هذا ليس على الغرور ، بل بناء على أنه عامل له كما تقدم آنفاً . وقال الكاكي وقوله والغرور ... إلى آخره جواب عما قال الشافعي أنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة كالبايع إذا غر المشتري ، قلت هذا ليس بظاهر على أن أكثر كتب الشافعية ناطقة ، بخلاف ما ذكره . وقال الأتراسي في قول المصنف نظر ، لأن المودع بما ضمنه لكونه

قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين
ويبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء ، فإن تقابضا صح العقد وصار في
حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع
انتهاء . وقال زفر والشافعي « رح » هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه
معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا
كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً .

يرجع مع أن عقد المعاوضة لم يوجد . قلت لقائل أن يقول رجوع المودع بما ضمنه
لكونه عاملاً للمودع لا للفرور كما ذكرناه .

(قال) أي القدوري (وإذا وهب بشرط العوض) مثل أن يقول وهبتك هذا العبد
على أن تهب لي هذا العبد . قال المجبوي رحمه الله هذا فاذا ذكره بكلمة على ، مثل ما
ذكرناه أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال وهبتك هذا الثوب أو بألف درهم وقبله الآخر
يكون بيعاً ابتداء أو انتهاء بالإجماع (اعتبر التقابض في العوضين) حتى لو لم يوجد لا
يثبت الملك لواحد منها (ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء) وإن
كان هبة ابتداء .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو
التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني) وبه قال مالك واحد ، ألا ترى أن الكفالة
له بشرط براءة الأصل حيالة ، والحوالة بشرط عدم براءة الأصل كفالة . ولو وهب
ابنته لرجل كان نكاحاً ، ولو وهب عبد لنفسه كان اعتاقاً ، ولو وهب الدين لمن عليه
كان إبراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود . (وهذا) أي ولكون
الهبة المذكورة بيعاً (كان بيع العبد) أي بيع المولى للعبد بالمصدر مضاف إلى
مفعوله وطوى ذكر الفاعل (من نفسه اعتاقاً) بأن قال لعبدك نفسك منك بألف
درهم مثلاً يكون اعتاقاً للعبد .

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد
أمكن ، لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراضى
عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم ، وقد تنقلب الهبة لازمة
بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن
اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه

(ولنا انه اشتمل على جهتين) اي جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى (فيجمع بينهما
ما أمكن عملاً بالشبهين) لأن كل ما يشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما ،
لأن إعمال الشبهين لو وجد أولى من إهمال أحدهما كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع
والفسخ جمع بينهما . أما اشتماله على الجهتين فظاهر ، وأما إمكان الجمع بينهما فلما ذكره
بقوله (وقد أمكن) أي الجمع بينهما (لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض) وقد
يوجد ذلك في البيع ، أشار إليه بقوله (وقد يتراضى) أي الملك (عن البيع الفاسد
والبيع) أي والحال أن البيع (من حكمه اللزوم) وبهذا ظهرت المناسبة بين البيع والهبة
(وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض) يعني إذا قبض العوض (فجمعنا بينهما) أي إذا
كانت المناسبة بينهما متحققة جمعنا بينهما .

فإن قيل المناقاة هنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم
الهبة على عكسه ، وتنافي الملازمين مستلزم لنا في اللزومين فتحقق المناقاة بين البيع
والهبة ضرورة . أجيب بأن البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك
عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم ، والترتب من لوازمه ضرورة
والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض ، وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو
كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمه ضرورة على
أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة ، فأما إذا جعلنا هبة ابتداءً وبيعاً
انتهاءً فلا .

(بخلاف بيع نفس العبد منه) هذا جواب عما قاله زفر والشافعي من قولهما ، ولهذا

فصل

قال ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ،

كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً وتقريره أن يبيع العبد من نفسه إنما جعل اعتاقاً (لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه) لأنه لا يملك غيره مالا فكيف يملك نفسه مالا .

(فصل)

أي هذا فصل لما كانت مسائل هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعليق ذكرها في فصل على حدة .

(قال) أي القدوري (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل) بأن وهب حمل الجارية دونها ، فإنه لا يجوز (لكونه وصفاً) أي لكون الحمل وصفاً كأطرافها من اليد والرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثناءه ، لأن الإستهناء يكون من جنس المستثنى منه ، وأيضاً العقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لا يصح ، فكذا إذا استثنى (على ما بيناه في البيوع) أي في الفصل المتصل بأول كتاب البيع (فانقلب شرطاً فاسداً) يعني إذا لم يكن الإستهناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً ، لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منهما ، فلما استثنى كل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد ، وهو معنى الشرط الفاسد (والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد ، وإنما الشرط الفاسد

بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها

يؤثر في العقود الشرعية ، لأن الحسيات إذا وجدت لا مرد لها ، فلا يمكن أن يجعل عدماً .

فإن قيل ما الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على ظهر الغنم وأمره يحزه أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له ، فإنه جائز استحساناً دون الحمل . الجواب أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ، ولا يعلم وجوده حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن . ومن أصحابنا من قال إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحساناً ، والأصح أنه لا يجوز خلافاً لأحمد وأبي ثور ، فإن عندهما يصح الاستثناء وتصح الهبة في الإماء دون الولد .

(وهذا هو الحكم) أي صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم (في النكاح) بأن قال تزوجتك على هذه الجارية إلا حملها يبطل الاستثناء حتى تصير الجارية مع الحمل مهرأ (والخلع) بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع ، واستثنت الحمل تكون الجارية والحمل بدل الخلع (والصلح عن دم العمد) بأن قال صالحتك ، وعلى هذا الجارية إلا حملها (لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) أي لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة كالهبة .

(بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة بأن اشترى جارية أو أجرها أو رهنها إلا حملها فإنه لا يصح لما قلنا .

فإن قلت ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط فالهبة لتوقف عقد الرهن على القبض ، وهو فعل حسي ، قلت القبض في باب الرهن حكم للرهن ، لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ، وحكم العقد يضاف إلى العقد ، والشرط الفاسد يؤثر في العقد ، أما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض ، فكان القبض حكم ركن العلة ، والفساد لا يؤثر في الركن فلفى الشرط ، كذا في الإيضاح ، قال السفناقي كأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات ، انتهى . فهذا كما قد علمت ذكر المصنف القسمين في الاستثناء ، أحدهما ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء ، والآخر ما يبطل فيه جميعاً . وبقي قسم ثالث

لم يذكره وهو ما يصح فيه جميعاً كالوصية ، لأن أفراد الحمل بالوصية جائز ، فكذا استثناءه . ذكر في شرح الطحاوى أن هذه ثلاث مراتب ، الأولى : العقد والاستثناء فاسدان نحو البيع والإجارة والكتابة والرهن .

الثانية : العقد جائز والاستثناء فاسد نحو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح في دم العمد ، ويدخل في العقد الأم والولد جميعاً ، وكذلك العتق إذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء .

الثالثة : العقد والإستثناء صحيحان نحو الوصية إذا أوصى الرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فإنه يصح وليس هذا كما إذا أوصى بجارية واستثنى خدمتها وغلتها للورثة فالوصية صحيحة والإستثناء باطل ، لأن الخدمة والغلة لا تجرى فيها الميراث دون الأصل ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فإنهما يعودان إلى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة موروثه عن الموصى له ولو وقع العقود على ما في البطن ، أما عقد البيع فلا يجوز ، وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وإن قبلت الأم عنه ، وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وإن سلم الأم إلى الموهوب له ، ولو تزوج عليها فالقصة باطلة ويجب مهر المثل .

ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فإن الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية باطلة ، ويكون للمولى على القاتل الدية ، وإنما جاز عتق ما في البطن لأن العتق ينافي وما في البطن موقوف ، فكذا الوصية بما في البطن يصح إذا علم وجوده وقت الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث تجرى فيه فكذا الوصية . ولو خالغ امرأته على ما في بطن جاريته فالخلع واقع وللزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع ، وإن لم يكن موجوداً كما إذا جاءت به لستة أشهر فضاءً فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم يقل من ولد فلا شيء له عليها ، ولو قالت من الولد فإنه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لأنها غرت الزوج حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد ، وإذا لم تقل من ولد لم تعذر ، وهذا إذا قالت

ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه
فأشبه الاستثناء . ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يحز ، لأن الحمل بقي
على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان
التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء

اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً ، فان كان
فيه شيء فللزوج ، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء ، لأنها لم تغره حيث
لم تسم له مالاً . فأما إذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع ، فان كان فيه
شيء من متاع فهو له ، وإن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر .

(ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها) أي الجارية (جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه)
أي على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق ، فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه
الاستثناء) أي في تحرير الهبة . تقريره أن إعتاق الحمل قبل هبة الجارية مشابه لما إذا
وهب الجارية واستثنى حملها . ووجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى
الحمل على ملك الواهب ، فكذا في استثناء الحمل ، لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملك
الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل .

(ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يحز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه
الاستثناء) في التجويز ، لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً (ولا
يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع) وهي لا تجوز فيما يقسم ، وروي
أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها ذكره في المبسوط ، ويمكن أن يكون قول المصنف
فلم يكن شبيه الاستثناء جواباً لرد هذه الرواية .

فإن قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . والجواب أن
عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلاً في الحال ، مع أن الجنين لم
يخرج من ملك الواهب ، فكان في حكم المشاع يحتمل القسمة .

وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء) بنصف

هو مشغول بملك المالك فإن وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعتقها

الهبة ، لأن التقدير أو نفي هبة شيء فيكون حالاً عن الضمير الذي في بقي (هو مشغول بملك المالك) كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع . وفي نوادر هشام قال أبو حنيفة رحمه الله إذا وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أو وهب منه داراً والأب فيها ساكن لم تجز الهبة فيها . وفي الهاروني المجرد قال أبو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع الرجل أو كان الأب فيها ساكناً أو فيها متاع له وليس ساكن فيها أو قوم سكان بغير أجر جازت فكان قابضاً لابنه . ولو كان فيها مكان بأجر كانت الصدقة باطلة .

فإن قيل قد جعل في الإيضاح مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبهة الاستثناء ، وهبتها بعد الإعتاق غير شبهة الاستثناء على عكس ما ذكره المصنف ، فما التوفيق بينهما . قلت مراد صاحب الإيضاح بالاستثناء الحقيقي وهو التكلم بالباقي بعد الاستثناء ولكن لم تصح الهبة بذلك الاستثناء لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسألة التدبير لبقاء الملك في المدبر وفي مسألة الإعتاق لم تكن في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع فصح ، والمصنف أراد بالاستثناء إستثناء الحمل ، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم .

فائدة : صاحب الإيضاح هو الامام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن ابراهيم الكرماني . قال السمعاني في معجم شيوخه إمام أصحاب أبي حنيفة رحمه الله بخراسان قدم مرو وتفقّه على القاضي محمد بن الحسن الأرء يتنا في حجر القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان والعراق ، ومن تصانيفه الجامع الكبير والتجريد في القيمة في مجلد واحد وشرحه في ثلاث مجلدات وسماه الإيضاح . قال السمعاني سمعت منه ولو كانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين وأربعمائة ومات بمرور عشية الجمعة لعشرة بقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة رحمه الله .

(فإن وهبها له على أن يردّها عليه) أي فإن وهب جارية له ، أي لفلان على أن يردّها عليه (أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على

أو يتخذها أم ولد ، أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد
عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل ، لأن
هذه الشروط تخالف مقتضى العقد

أن يرد عليه (أي على الواهب) شيئاً منها (أي من الدار) أو يعوضه شيئاً منها (وهذا
متصل بقوله وتصدق عليه بدار لأنه لو وصل بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط
العوض ، والهبة بشرط العوض صحيح ، والشرط صحيح حتى يكون هبة إبتداءً بعبارة
انتهاء . وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لأخ الهبة ، اللهم إلا أن أراد بقوله أو
يعوضه شيئاً منها هو أن يرد بعض الدار الموهوب له على الواهب بطريق العوض قبل الدار
فيصح صرف قوله أو يعوضه حينئذ إلى قوله أو وهب داراً إلا أنه يلزمه التكرار لفائدة
قوله الكافي .

قلت لا يلزم ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً إنما هو بالفاظ
تقدم ذكرها . وفي الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة
أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو
ربعها ، قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه منها شيئاً .

وقال الأسبجاني في شرح الكافي فإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها لم
يكن ذلك عوضاً لأن الشيء لا يصلح أن يكون عوضاً عن نفسه ، وكان للواهب أن يرجع
في الهبة لانعدام العوض . وكذلك إذا كانت الهبة داراً والعوض بيت منها وإن وهب له
حنطة وطحن بعضها فعوضه دقيقاً عن تلك الحنطة كان عوضاً لأنه بالطحن صار شيئاً
آخر فالقطع حق الواهب عنه فيصلح عوضاً ، وكذلك لو وهب له ثياباً فصنع منها ثوباً
بمصرف أو قميصاً ثم عوضه إياه لأن الزيادة القائمة بالثوب صلحت عوضاً وقد انقطع حق
المالك عنه . وكذلك لو وهب له سويقاً قلت بعضه ثم عوضه بعضه .

(فالحبة جائزة) هذا جواب أن في قوله فإن وهبها إلى آخره (والشرط باطل)
وبه قال الشافعي وأحمد في رواية عن أبي ثور وأحمد في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان
بناء على الشروط الفاسدة في البيع (لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد) لأن مقتضى

فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ، ألا ترى أن النبي عليه السلام
أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع ، لأنه عليه السلام
نهى عن بيع وشرط ،

ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد والاعتاق أو غير ذلك يعتد بها
(فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة .
فإن قلت للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت .
قلت قوله على أن يرد إخبار عن لزوم الرد ولزومه غير ذلك الحق إذ ليس من حق الرد
لزوم الرد .

(ألا ترى) إشارة إلى بيان أصل ذلك وهو (أن النبي عليه السلام أجاز العمرى
وأبطل شرط المعمر) يعني في رجوعها اليه بعد الموت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر
له والحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ
كان يقول العمرى لمن وهبت له ، وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي الزبير عن جابر قال قال
رسول الله ﷺ أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فإنه من أمر عمرى فإنها للذي أعمرها
حيّاً وميتاً ، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر رضي الله عنه قال من أمر
عمرى فهي له ولعقبه . وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة
رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ العمرى جائزة .

فإن قلت يشكل على هذا ما أخرجه مسلم عن الزهري عن أبي سلمة عن سلمة عن
جابر رضي الله عنه قال إنما العمرى التي أجازها رسول الله عليه السلام أن يقول هي لك
ولعقبك . فأما إذا قال هي لك ما غشيت فإنها ترجع إلى صاحبها . قال معمر وكان
الزهري به . قلت هذا مقيد بالعقب وغيره من الأحاديث مطلقة ونحن نعمل بالمطلق
والمقيد جميعاً ولا نقيد المطلق .

(بخلاف البيع) فإنه يبطل بالشروط الفاسدة (لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط)
هذا الحديث أخرجه الحاث (١١) في مسند أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن

(١١) هكذا الاسم في الاصل .

ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا ، وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات . قال ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت برىء منها . أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل ، لأن الإبراء تمليك من وجه اسقاط من وهبة الدين ممن عليه إبراء ،

جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، وقد طعنوا في هذا الحديث وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب البيوع (ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا) لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلاف الشرط عن العوض ، وفيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق . وليس الربا إلا مال يملك بالعقد من غير عوض ، والشرط الذي قلنا له حكم المال لأنه يجوز أخذ المعوض عليه (وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات) والهبة ليست من المعاوضات فلا يبطل الشرط .

٣ (قال) أي في الجامع الصغير (ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك ، أو أنت منها برىء ، أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل) فإذا كان باطل يكون الألف عليه على حاله (لأن الإبراء تمليك من وجه) لأنه يرتد بالرد (اسقاط من وجه) لأنه لا يتوقف على القبول (وهبة الدين ممن عليه إبراء) وبه قال الشافعي وهل يقبض الإبراء إلى القبول عنه فيه وجهان ، في وجه يفتقر قبل هذا الكلام يستقيم على قول زفر « رح » ، فانه قال يتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء فسوى بينهما أما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول والإبراء يتم من غير قبول ، هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكره في المغني أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون . أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول ، وفيه أن هبة دين الصرف والسلم فيه ، وإبراءه يتوقف على القبول ، وفي سائر الديون لا يتوقف الإبراء باتفاق الروايات .

وفي الهبة روايتان ، قيل في الفرق بينهما أن إبراء بدل الصرف والسلم فيه يوجب انفساخ العقد لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقلين به فيتوقف

وهذا لأن الدين مال من وجه . ومن هذا الوجه كان تمليكاً ووصف
من وجه . ومن هذا الوجه كان إسقاطاً ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد
ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة
التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعدها .

قبول الآخر بخلاف الإبراء عن سائر الديون لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وأن
فيه معنى التمليك من وجه ، ومعنى الإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول ، كذا
في الذخيرة .

(وهذا) توضيح لكون الإبراء تمليكاً من وجه وإسقاطاً من وجه (لأن الدين مال
من وجه) حتى تجب فيه الزكاة ، ويصح البيع بالدين وفي بعض النسخ لأنه مال ، أي لأن
الدين (ومن هذا الوجه كان تمليكاً) أي الإبراء (ووصف من وجه) يعني أنه ليس بمال
حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له وله ديون على الناس (ومن هذا الوجه كان إسقاطاً
ولهذا) أي ولأجل هذين المعنيين (قلنا أنه يرتد بالرد) هذا آية التمليك (ولا يتوقف على
القبول) هذا آية الإسقاط ، والطلاق قوله يرتد بالرد يفيد أن عمل الرد في المجلس وغيره
سوى ، وهذه الرواية عن السلف إلا ما روى عن الأعشى والإسكاف من وجوب الرد
في مجلس الإبراء والهبة .

(والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق)
لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتل التعليق بالشرط كالعفو عن
القصاص والإقرار بالمال والحجر على المأذون وعزل الوكيل . وأما الإبراء وإن كان إسقاطاً
من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال
أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف الآن ، لأن ذلك ليس بتعليق بل هو
تقييد . ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر على أن تؤدي إلى ألف درهم ، فقبل فانه
لا يعتق قبل الأداء ، كذا ذكره قاضي خان والمحجوبي (فلا يتعدها) أي فلا يتعدى
الإسقاطات المحضة إلى ما فيه تمليك .

قال والعمري جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما
رويناه ، ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره وإذا مات ترد عليه

(قال) أى القدوري (والعمري جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما
رويناه) وهو قوله عليه السلام العمري . . . وأبطل شرط العمر وقد بيناه عن قريب ، وبقولنا
قال الشافعي وأحمد وهو قول جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعلي
رضي الله عنهم . وروى عن شريح ومجاهد وطاووس والثوري وقال مالك والليث
والشافعي في القديم العمري تمليك المنافع لا تمليك العين ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا
مات عادت إلى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكنها لهم فإذا انقضى عادت إلى المعمر
وفي الجواهر أما العمري فصورتها أن يقول أعمرتك داري أو ضيعتي فإنه قد وهب له
الانتفاع بذلك مدة حياته حكماً ، فإذا مات رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر .

فإن قال أعمرتك وعقبك فإنه قد وهب له ولعقبه الانتفاع ما بقى منهم إنسان ، فإذا
لم يبق منهم أحد رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر ، لأنه وهب له المنفعة ولم يملك
الرقبة ، وكذلك إذا قال اسكنتك هذا الدار عمرك أو وهبتك سكنها عمرك ، أو قال
هي لك سكنى أو لك ولعقبك سكنى ، فإذا مات المعمر أو انقضى عقبه بعد وفاة
المعمر الواهب رجعت الرقبة إلى وارث المعمر يوم مات ، انتهى .

(ومعناه) أى معنى العمري أراد تفسيره (أن يحمل داره له مدة عمره) أى مدة
عمره (وإذا مات) أى المعمر بفتح الميم الثانية (ترد عليه) أى على المعمر بكسر الميم
الثانية . وقيل صورته أن يقول أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمري أو ما عشت
أو مدة حياتك أو ما حييت ، فإذا مات فهي رد علي أو نحو هذا سميت عمري
لتقييدها بالمعمر .

فإن قلت روى عن ابن الأعرابي لم يختلف العرف في العمري والرقبى والمنحة والعربة
والعمرية والسكنى أنها على ملك أربابها ومنافعها من جعلت له ، ونقل إجماع أهل المدينة
على ذلك . قلت دعوى إجماع أهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثير من الصحابة
رضي الله عنهم . وقوله إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشارع إلى تمليك

فيصح التملك ويبطل الشرط لما رويناه ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » جائزة لأن قوله داري لك تملك ، وقوله رقبى شرط فاسد كالعمري ، ولهما أنه عليه السلام أجاز العمري ورد الرقبى .

الرقبة كما في الصلاة والزكاة .

(فيصح التملك ويبطل الشرط لما رويناه ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وبه قال مالك وهي أن يقول اوهبتك هذه الدار وهي لك حياتك على انك إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً ، سميت رقبى لأن كل واحد يرقب موت صاحبه . وقال الحسن بن زياد في الجرد ، وإن قال قد أرقبتك داري هذا كانت عارية ، وإن قال هي لك رقبى كانت هبة إذا دفعها إليه .

وقال الكرخي في مختصره وقال محمد رحمه الله في املائه قال أبو حنيفة إذا قال الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه وقال هذه الدار لك حبس ودفعها إليه فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذها . قال محمد وهذا قولنا أيضاً ، ثم قال وقال أبو يوسف وأنا أرى أنه إذا قال هي لك حبس فهي له إذا قبض . وقوله حبس باطل وكذلك إذا قال هي لك رقبى . وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه إذا قال داري لك رقبى أو داري لك هذا حبس ، قال أبو حنيفة ومحمد « رح » لا تكون هبة . وروى الحسن عن أبي حنيفة ومحمد أنه يكون عارية ، وقال أبو يوسف يكون هبة .

(وقال أبو يوسف جائزة) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » (لأن قوله داري لك تملك ، وقوله رقبى شرط فاسد) فكأنه قال رقة داري لك فصار (كالعمري) في الجواز .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (أنه عليه السلام أجاز العمري ورد الرقبى) وقال ابن قدامة

في المغني وحديثهم أنه عليه السلام أجاز العمري ورد الرقبى ، لا نعرفه . وقال الأتزازي هذا لا يوجب الطعن فإن الثقات مثل ذلك وأبي حنيفة تمسكوا به . قلت هذا الكلام لا يرضى به الخصم ولا يقنع به . وكيف ولم يبين فيه من هم رواه وأما حالهم ومن أي صحابي أخرج ومن خرج من أهل هذا الشأن . وفي المبسوط حديثه مروى عن أبي الزبير عن جابر وحديثها مروى عن الثقي عن شريح ، والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما ، فنقول الرقبى قد تكون بمعنى الأرقاب ، وقد تكون بمعنى الترقب فحيث قال أجاز الرقبى كان بمعنى الأرقاب بأن يقول رقبة داري لك ، وحيث قال رد الرقبى كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي ، فإن مت فهي لك ، وإن مت فهي لي فيكون هذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل . ثم لما احتمل المعنيان والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين ، فلا يزيد له بالشك .

والجواب عن قوله داري لك تملك وذلك إنما يصح إذا لم يفسر هذا الإضافة بشيء . أما إذا فسر به بقوله رقبى أو حبيس تبين به أنه ليس بتملك كما في قوله داري لك سكنى تكون عارية . وقوله إنه من الأرقاب بمعنى الرقبة داري لك الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد وإبداع الشيء في اللغة ليس بمستحسن . والصواب أنه بمعنى المراقبة والترقب . وأما قوله الحديثان صحيحان ، فإن كان كذلك فالتأويل ظاهر وهو أن يراد بالرد والإبطال شرط الجاهلية وبالإجارة أن يكون ذلك تملكاً مطلقاً ، ويدل عليه ما روى جابر أنه عليه السلام قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فمن أعمر شيئاً فهي له . ألا ترى أنه عليه السلام نهى ثم أجاز على اختلاف العرضين ويبقى الاشتقاق على أصل أحدهما هو القياس مع سلامة المعنى ، انتهى .

قلت قول أبي يوسف رحمه الله أقوى وهو مذهب أحمد والثوري وذلك لأن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمري جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها ، رواه أبو داود والنسائي وحسنه الترمذي . وأخرج النسائي أيضاً عن ضاح بن أرطاة عن أبي

ولأن معنى الرقبى عندهما أن مت قبلك فهو لك ، واللفظ
من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التملك بالخطر
فبطل . وإذا لم تصح تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن
إطلاق الانتفاع به .

الزبير عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً من أمر عمرى فهي لمن أمرها
جائزة ، ومن أرقب رقبى فهي لمن أرقبها جائزة . وقال ابن المنذر وروينا عن علي رضي
الله عنه أنه قال الرقبى والعمرى سواء . وقوله الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد فيه
نظر ، لأنه لا يلزم في صحة الاشتقاق النص عليه من جهة أحد بل كل موضع يوجد فيه
حد الاشتقاق وشرائطه تصح أن يقال هذا مشتق من ذلك ، وها هنا كذلك على
ما لا يخفى .

(ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة) يعني مشتق
منها (كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل) أراد بالخطر موت المملك
قبله (وإذا لم تصح) أي الرقبى (تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به)
وذلك لأنه أطلق له الانتفاع . وحاصل اختلافهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من
المراقبة ، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للحال ، والرجوع إلى الواهب منتظر
فيكون كالعمرى . وقال المراقبة في نفس التملك ، لأن معناه لآخرنا موتاً ، فكان هذا
تعليقاً للتملك بالخطر ، وإذا باطل . وفي الاسرار حمل أبو يوسف حديث بطلان الرقبى على
أنه ~~لا يصح~~ سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي إن مت قبلك فهي لك ،
فعلى هذا الوجه لا يصح بالإتفاق ، وعلى الوجه الأول كالعمرة فيصح بالإتفاق .

* * *

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ، لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب ، وقد حصل . وكذلك إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل .

(فصل في الصدقة)

لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط وخالفناها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلاً .

(قال) أي القدوري (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض) قال الأترابي لما روى أصحابنا في نسخ المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنها أنه قال لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ، وهذا الحديث حجة على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض . قلت للشافعي إما أن يقول هذا ليس ثابت ، ولئن ثبت فقول الصحابي ليس بحجة عندي (لأنه) أي لأن الصدقة والتذكير باعتبار التصديق (تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة) أراد به قوله لأن تجويزه التزامه أشياء لم يلتزمه وهو القسمة (ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل) أي المقصود ، فصارت كهبّة عوض عنها .

فإن قلت حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب ، فمن أين يقطع بحصوله . قلت يمكن أن يكون المراد حصول الوعد بالثواب .

(وكذلك إذا تصدق على غني) يعني يرجع (استحساناً ، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل) فإن من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على فعل الثواب ، وهذا يتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ، ولا رجوع فيه بالاتفاق ، فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك . وفي القياس ينبغي أن يرجع لأن الصدقة في حق الغني هبة ، وبه قال بعض أصحابنا لأنه إنما يقصد به العوض منه دون

وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقد حصل .
قال ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة .
ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع .

الثواب ، فصارت الهبة فيه كالصدقة ، والهبة في حق الفقير سواء (وكذا إذا وهب لفقير) يعني لا يرجع (لأن المقصود هو) من الهبة الفقير (الثواب وقد حصل) المقصود .

(قال) أي القدوري (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة) اعتباراً لإيجابه بإيجاب الله فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة . وقال زفر يجب إخراج الجميع لعموم اللفظ ، وبه قال أحد في رواية . وقال الشعبي لا يلزمه شيء . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية يجب إخراج الثلث كالوصية . وفي الروضة لو قال مالي صدقة أو في سبيل الله ففيه أوجه أحدها : وهو الأصح عند الغزالي وقطع القاضي حسين به أنه لغو لأنه لم يأت بصيغة الإلزام . والثاني : أنه كما لو قال أن علي التصدق بمالي فيلزمه التصدق . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة .

وذكر في التتمة إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه فهو لو قال علي أن أتصدق بمالي أو أنفق في سبيل الله وإلا فلفو . وأما إذا قال إن كلمت فلاناً أو فعلت كذا فمالي صدقة فالذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي أنه بمنزلة قوله فعلى أن التصدق بمالي أو بجميع مالي أن طريق الوفاء أن يتصدق بجميع ماله . وإذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الفقراء ، انتهى . وذكر في غيره أنه إن علقه بشرط المتع كان مينا فإذا حنت فعليه كفارة والله أعلم .

(ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) أي بجميع ما يملكه ، لأن الملك أعم من المال لأنه قد يملك غير المال مثل القصاص والنكاح والحر ، فوجب العمل لعمومه ، ولكن يحبس قدر ما ينفق على نفسه وعامله إلى حين كسبه مسالاً آخر فيخرج مثله ولا يقدر بشيء لأن الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات (وروى

ويروى أنه الأول سواء وقد ذكرنا الفرق ، ووجه الروايتين في مسائل
القضاء ، ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب
مالاً فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق وقد ذكرناه من قبل .

(أنه) أي الملك (والأول) أي المال (سواء) لأن الملك عبارة عن الربط والشد والمال
ما يصل إليه القلب فيكون في معنى الربط والشد فيتناسبان ، وهذه الرواية ورواية
الحاكم الشهيد (وقد ذكرنا الفرق) أي بين المال والملك (ووجه الروايتين في مسائل
القضاء) أي من هذا الكتاب في مسألة مالي صدقة على المساكين .

(ويقال له) أي الناذر يتصدق بملكه (أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن
تكتسب مالاً ، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ، وقد ذكرناه من قبل) أي في كتاب
القضاء في باب القضاء بالمواثيق . وفي النهاية ثم إنه يمك قوته في قوله جميع ما أملك
صدقة لأنه لا بد له منه ، ولكن لم يبين محمد في المبسوط والجامع الصغير مقدار ما يمك
من القوت ، فقال مشايخنا إن كان دهمقنا يمك قوت سنة ، لأن القوت لدهمقان تتجدد ،
كل سنة وإن كان تاجر أيمك قوت شهر ، لأن التجارة للتاجر لا تنفق كل حين ، وإنما
ينفق في بعض الأحيان ، فقدردنا بالشهر وإن كان محترماً يمك قوت يومه لأنه يتجدد له
قوت كل يوم ، ثم إذا وجد شيئاً يتصدق بمقدار ما أمسك للقوت ، لأنه استهلك قدر
القوت في المال الذي لزمه التصدق به ، فصار ضامناً لمثله .

فروع . وفي الفتاوى الكبرى إذا تصدق عن الميت أو ادعى له يصل ثواب ذلك إلى
الميت ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي لا يلحق الميت ما يفعله عنه من صدقة يتصدق بها
له ، أو دعاء يدعى له ، أو قراءة قرآن إذا قال الله علي أن أتصدق بهذا الدرهم ولم يتصدق
حتى ملك في يده فلا شيء عليه كذا في النخبة .

رجل أخرج الخبز إلى المسكين فلم يجده فهو بالخيار إن شاء أدى إلى مسكين آخر ،
وإن شاء لم يؤد لأنه لم يخرج عن ملكه ، كذا في التجنيس . رجل تصدق على ابنه الصغير
بدار والأب ساكنها قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز . وقال أبو يوسف يجوز وعليه
الفتوى ، كذا في النوازل . ولو قال داري في المساكين صدقة فعليها أن يتصدق بها ، وإن
تصدق بقيمتها أجزأه ، كذا في الاختيار .

كتاب الإجازات

(كتاب الإجازات)

وجه المناسبة بين الكتابين اشتغالهما على معنى التعليل ، ولكن لما كانت الهبة تعليل العين قدمها على الإجازات التي هي تعليل المنفعة ، والعين مقدم . وهو جمع إجازة على فعاله بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة من أجره إذا أعطاه أجره من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والضم في الغابر ، ولا يمنع أن يكون مصدراً منه ، كما تقول كتب يكتب كتابة . وهذه المادة تستعمل لمعاني التعويض ، تقول أجره الله بأجره وبأجره وهو يأتي من باين من باب طلب يطلب ، ومن باب ضرب يضرب . ومنه الأجر وهو الثواب ، لأن الله تعالى يعوض العبد به . ويقال لمهر المرأة أجر لأنه عوض من بعضها ، قال الله تعالى ﴿ آتيت أجورهن ﴾ أي مهورهن . والبرء أجر العظم يأجر ويأجر أجراً وأجوراً أي برأ على عثم . وهو أيضاً من البابين المذكورين والجبر ، تقول أجر الله يداي جبرها على عثم ، وهو انجبار العظم المكسور على استواء . وإعطاء الأجرة تقول أجرة إذا أعطاه أجرته كما ذكرنا . وإذا أردت أن تنقله إلى باب الأفعال تقول أجر بالمد ، لأن أصله أجر يهزتين إحداهما فاء الفعل والأخرى همزة الفعل ، والقاعدة أن الهمزتين إذا اجتمعتا وثانيهما ساكنة تليين ، فانقلب للتخفيف ، والمصدر منه إيجار قاسم الفاعل من الأول أجر ، ومن الثاني مؤجر .

قال صاحب العين آجرت مملوكي أوجره إيجاراً فهو مؤجر وفي الأساس أجرتي داره فاستأجرتها وهو مؤجر ، ولا يقال مؤاجر فإنه خطأ وقبيح ، أما الخطأ فظاهر وهو أنه من مهموز أفعال . وأما قوله معتل فاعل والقبح أنه استعمل في موضع قبيح . قلت تحرير الخطأ فيه أنه اسم الفاعل من أفعال لا يأتي إلا على وزن مفعول كأكرم على مكرم ،

الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض ، لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه ،

وكذلك أجر بالمد على وزن أفعل واسم الفاعل منه مؤجر ، وأصله مأجـر بضم الميم وسكون الهمزة ، ولكن ليست الهمزة يجنس . وقوله ما قبلها وهي الواو فليل مؤجر للتخفيف . وأما مؤاجر فإنه اسم الفاعل من واجر كواعد على مواعد ، وهذا بناء على لغة العامة فإنهم يقولون واجرته الدار موضع أجرته إذا أكربتها ، فعلى هذا الخطأ في إبدالهم الواو من الهمزة التي في أول الكلمة لا في قولهم مؤاجر ، لأنه مبني على القاعدة ، لأن اسم الفاعل من فاعل يأتي على مفاعل .

قال صاحب العنان رحمه الله تقول أجرته الدار أي أكربتها ، والعامة تقول واجرتها والقائل يقول كما يجوز قلب أحد الواوين همزة إذا اجتمعتا في أول الكلمة التحقيق كما في أواقي فإن أصله واقي جمع واقتة فكذلك يجوز قلب إحدى الهمزتين واو بإذا اجتمعتا في أول الكلمة للتخفيف على أن الثقالة في اجتماع الهمزتين أكثر من الثقالة في اجتماع الواوين . وأما القبح الذي ذكروا فيه فهو أن العامة استعملوه في مواضع السبب والتعبير ، ولهذا ذكر في باب التعزير من جملة ألفاظ التعزير وفسروه بأنه هو الذي يؤجر أهله للزنا ، ثم هل تجيب هذه اللغة تعزير ، فإن كان المسبوب شريفاً أو فقيهاً يعزر وإن كان غيرها لا .

(الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض) هذا تفسير الإجارة بالمعنى الشرعي ، وإنما قدمه على المعنى اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة ، وهو في بيان شرعيتها . فالشرعي أولى بالتقديم . وقال الاترازي وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح ، لأن التوقيت يعطله ، أو يقال عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم . قلت زيادة لفظة الاستباحة تتعين في تفسير النكاح لا في تفسير الإجارة (لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) قيل فيه نظر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطت من كرى الأجير كما صرح به الشراح . قلت قد بينت لك عن قريب أن الإجارة تجوز أن يكون مصدر فيستقيم الكلام (والقياس يأبى

لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح

جوازه) أي جواز عقد الإجارة (لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة)
حالة العقد .

(وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح) لأن المعاوضات لا تحتل الإضافة كالبيع ،
قبل في كون القياس يأتي جوازه نظر ، ولم يذكر على ذلك دليلاً إلا أن إضافة التمليك
إلى ما سيوجد لا يصح ، وهذا الذي جعله دليلاً يحتاج إلى دليل ، وما سيوجد نوعان
منافع وأحيان ، وقياس أحدهما على الآخر فاسد لوجود الفارق بينهما ، فإن المعنى الجامع
بينهما وهو كون كل منهما يعارضه المعنى الفارق وهو أقوى منه ، وهو أن هذا معدوم
يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده بخلاف المعدوم الآخر . وقد أجرى الله العادة بحدوث
هذه المنافع ، فصارت متحققة الوجود ، فالحاق المعدوم المتحقق الوجود بالموجود أظهر
من إلحاقه بالمعدوم المظنون الوجود أو ما لوجوده غاية يمكن تأخير العقد إلى أن يوجد ،
فإنما لوجوده حال وجود وعدم في بيعه حال عدم مخاطرة وقهار ، وبذلك علل النبي
عليه السلام المنع حيث قال أرأيت إن منع الله الثمرة فهل يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق .
وأما ليس له لإحالة واحدة ، والغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة ولا إحالة إن
كان فيه مخاطرة يسيرة ، فالحاجة داعية إليه .

قلت لا نسلم فساد القياس المذكور ولا معاوضة المعنى الفارق للمعنى في الجامع ،
وكيف تكون هذه المنافع متحققة الوجود يجريان العادة بحدوثها وهي إعراض لا يبقى
زمانين فتكون معدومة بهذا الاعتبار ، وبيع المعدوم لا يجوز ولصحة القياس المذكور .
وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قيام العين المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة
العقد إليها ليرتب القبول على الإيجاب كقيام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود
عليه في جواز السلم ، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد
بالاستيفاء فيستحق بهذه الطريق التمكن من الاستيفاء المعقود عليه .

وقد قيل في وجه إباء القياس جوازه أن موجب العقد التسليم في الحال ، وليس

إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله
عليه السلام أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ،

الاجارة ذلك وفيه نظر ، لأن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما
أوجبه العاقدان مما يسوغ لهما أن يوجياه ، وكلاهما متفق في هذه الدعوى ، أما الأول
فظاهر ، وأما الثاني فكذلك لأنهما ثمة يعقدان على الوجه المذكور ، وثارة يشترطان
التأخير . إما في الثمن وإما في السلم ، وقد يكون للبائع غرض صحيح ، ومصلحة في
تأخير تسليم المبيع كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بيعه
إلى المدينة .

واتفق العلماء على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزناً
له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله ساعة
واحدة ، بل قالوا هذا يستثنى بالعرف ، وكذلك من اشترى ثمرة بدا صلاحها ليس عليه
أن يجمع القطافين في أوان واحد لقطفها جملة واحدة ، وإنما يعطفها كما جرت به العادة .
(إلا أنا جوزناه) أي عقد الاجارة (لحاجة الناس إليه) قد يحتاج إلى منافع الأعيان
لإقامة المصالح ، ولا يجد الثمن ليشتري العين ، وصاحب الأعيان قد يحتاج إلى الدراهم
ولا يتبها له البيع ، والفقر يحتاج إلى المال والغني إلى الأعمال . فلو لم تجز الاجارة لضاق
الامر على الناس ، ولهذا يترك القياس كما جاز السلم لحاجة الفقائل (وقد شهدت
بصحتها الآثار) وهو جمع أثر بفتحتين ، وهو اسم للخبر الذي ترويه عن غيرك . ومنه عن
قولهم حديث ماثور ، أي نقله الخلف عن السلف وأصله من أثر الحديث آثره أثراً إذا
ذكرته عن غيرك . وفي الاصطلاح يطلق على السنة المروية عن النبي ﷺ قولاً وفعلًا ،
وعلى الأخبار المروية من الصحابة « رض » (وهي قوله ﷺ أعطوا الأجير أجره قبل
أن يجف عرقه) التذكير في الضمير باعتبار ما بعده وهو قوله عليه الصلاة والسلام .

والحديث رواه عبد الله بن عمر وأبو هريرة وجابر وأنس رضي الله عنهم . أما حديث
ابن عمر فأخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب الاحكام في باب أجر الأجير عن عبد
الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ أعطوا الأجير أجره
قبل أن يجف عرقه .

وقوله عليه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا اسحق بن اسرائيل حدثنا عبد الله بن جعفر أخبرني سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً نحوه سواء .

وأما حديث جابر فأخرجه الطبراني في معجمه الصغير حدثنا أحمد بن محمد بن الصلت البغدادى بمصر حدثنا محمد بن زياد الكلبي حدثنا شريك بن القطان عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ فذكره ، وقال تفرد به محمد بن زياد .

وأما حديث أنس فأخرجه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب نوادر الاصول في الاصل الثاني حدثنا موسى بن عبد الله بن سعيد الأزدي حدثنا محمد بن زياد الكلبي عن بشر بن حسين الهلالي عن الزبير بن عدي عن أنس بن مالك مرفوعاً نحوه سواء . وأخرجه أبو أحمد بن زنجويه النسائي في كتاب الاموال مرسل قال حدثنا مسلم بن ابراهيم حدثنا عثمان بن عثمان الفطفاني عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال أعطوا الاجير أجره ... إلى آخره .

وقد أعلوا حديث ابن عمر بن عبد الرحمن بن زيد وحديث أبي هريرة بعبد الله بن جعفر وعبد الله ، هذا هو والد علي بن المديني « رح » وليس بشيء في الحديث . وحديث جابر « رض » بشريك بن القطان وهو منكر الحديث ، ولكن معنى الحديث في الصحيح أخرجه البخاري عن المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فاكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره .

(وقوله ﷺ من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع حدثنا معمر والثوري عن حماد عن ابراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما أو أحدهما أن النبي ﷺ قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته . قال عبد الرزاق فقلت للثوري يوماً سمعت حماداً يحدث عن ابراهيم عن أبي سعيد أن النبي ﷺ قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته ، قال نعم وحدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي ﷺ .

ورواه الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن العلاء قال حدثنا يزيد بن الحباب عن سفيان عن حماد بن ابراهيم عن أبي هريرة عن أبي سعيد الخدري قال ، قال رسول الله ﷺ من استأجر أجيراً فليعلمه أجره . ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي ﷺ قال من استأجر أجيراً فليعلمه أجره .

وعن عبد الرزاق رواه اسحاق بن راهويه في مسنده فقال أخبرنا عبد الرزاق حدثنا معمر عن حماد عن ابراهيم عن الخدري عن رسول الله ﷺ قال من استأجر أجيراً فليبين له أجرته . وقال عبد الحق في أحكامه ابراهيم لم يدرك أبا سعيد . ورواه ابن أبي شبة في مصنفه موقوفاً عن الخدري وأبي هريرة فقال حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد قال من استأجر أجيراً فلم يعلمه أجره قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبا زرعة عن هذا الحديث فقال الصحيح أنه موقوف .

ثم المصنف لم يذكر إلا هذين الحديثين أحدهما معلول والآخر موقوف، وفيها أحاديث صحيحة منها حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري وقد ذكرناه آنفاً . ومنها آخر أخرجه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال ما بعث الله نبياً إلا رعى الفهم ، فقال أصحابه وأنت يا رسول الله ، قال نعم كنت أرفعها على قراريط لاهل مكة . ومنها آخر أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من الدبل حادياً خريئاً ، وهو على دين كفار قريش ، فدفعنا إليه راحلتيهما ، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما صبح ثلاث . ومنها آخر أخرجه ابن حبان في صحيحه عن شريك ^(١) بن قيس قال جلبت أنا وغرمة العبدي بزاً من هجر ، فأنا رسول الله ﷺ فساومنا سراويل ، وعنده وزان يزن بالاجر ، فقال له رسول الله ﷺ زن وارجح .

(١) إنما هو سويد بن قيس ، كما جاء في كتاب نصب الراية من الجزء الرابع .

وينعقد ساعة فساعه على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت
مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم
عمله يظهر في حق المنفعة تملكها واستحقاقاً حال وجود المنفعة

(وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة) أي تمنعقد الإجارة ساعة بعد ساعة
على حسب حدوث المنافع ، لأن ما هي المعقودة عليها فالملك في البدلين أيضاً يقع ساعة
فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة . وعندنا محل العقد المنافع والعين
جعلت جلفاً عنها في حق إضافة العقد ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي
وأكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي محل العقد العين لأنها الموجودة ، والعقد
يضاف إليها ثم عند الثلاثة يجعل العين المدومة كالموجودة حكماً ضرورة
تصحيح العقد .

ويبتنى على هذا مسائل منها الأجرة تملك بنفس العقد عند الشافعي وأحمد ، وعندنا
لا تملك إلا بأحد معان ثلاث ، أما شرط التعجيل من غير شرط أو استيفاء المعقود عليه .
وفي العيون أو بالتمكن من الاستيفاء . وقال مالك تملك الأجرة لا يكون إلا بالإستيفاء
فقط . ومنها إذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل العقد عند الثلاثة . ومنها يجوز عند
إجارة سكن دار بسكنى دار أخرى . ومنها إذا أجر عبداً ثم اعتقه بقي
العقد عندهم .

(والدار أقيمت مقام المنفعة) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كان
انعقاد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وجب أن يصح رجوع المستأجر في
الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها . وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بلا
عذر . وتقرير الجواب أن الدار أقيمت مقام المنفعة (في حق إضافة العقد إليها ليرتبط
الإيجاب بالقبول) إلزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمله) أي عمل العقد وهو أثره
(في حق المنفعة تملكها واستحقاقاً حال وجود المنفعة) أراد أن حكم اللفظ يتراخى إلى
حين وجود المنفعة من حيث الملك والاستحقاق فيثبتان معاً حال وجود المنفعة ، بخلاف

ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا ، ولأن
الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن
والثمن في البيع . وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون
أجرة في الإجارة

بيع العين فإن الملك في البيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن .
فإن قلت ما الفائدة في قوله استحقاقاً ، قلت بينها مغايرة فلذلك ذكره ، لأن
الاستحقاق لا يكون إلا بعد ثبوت الملك ، ولكن في البيع يتأخر كما ذكرنا ، بخلاف الملك
وأما في الإجارة فمن ضرورة تأخر الملك يتأخر الاستحقاق ، وهذا بعد الاستيفاء لا يمكن
القول بتراخي الاستحقاق فافهم ، وإنما ذكر قوله يرتبط الإيجاب بالقبول لأنها عقد ومما
من أركان العقود ، ويجب أن يكونا بلفظين يعبران عن الماضي نحو أن يقول أحدهما
أجرت ، ويقول الآخر قبلت ، ولا ينعقد إذا كان أحدهما ماضياً والآخر مستقبلاً كما في
البيع ، وينعقد بلفظ الإعارة حتى لو قال أعرتك هذه الدار شهراً بكذا وقال كل شهر
بكذا صحت ، وحتى لو قال وهبتك منافع هذه الدار شهراً بكذا أو ملكت منافعها
بكذا وينعقد بالتعاطي أيضاً . وقال شيخ الإسلام ينعقد بلفظ المبيع ويجوز استعارة لفظ
البيع لتعليك المنفعة مجازاً ، وبه قال الشافعي وأحمد . وعن أحمد لا ينعقد بلفظ البيع
كقولنا وينعقد بلفظ الكراء ونحوه .

(ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة) أي لا يصح عقد الإجارة حتى تكون المنافع
معلومة (والأجرة معلومة) وهذان لا خلاف فيهما (لما روينا) أشار به إلى قوله عليه
السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره فالحديث دل بعبارة على اشتراط إعلام الأجرة
وبدلته على اشتراط إعلام المنافع لأن اشتراط إعلامها لقطع المنازعة فالمنفعة تشاركها في
المعنى (ولأن الجهالة في المعقود عليه ، وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والثمن
في البيع) لأن شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة فيها مفضية إليها .
(وما جاز أن يكون ثمناً في البيع) كالنقود والمكيل والموزون (جاز أن يكون
أجرة في الإجارة) إلى هنا لفظ القدوري قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرحه وهذا

لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان ،

الذي ذكر ليس على وجه الحد ، وإنه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الأعيان لا تكون أثماناً وتكون أجرة ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، وقال الاترازي يعني ما ذكره القدوري مطرد وليس ينمكس واراد بالأعيان ما لم يكن مثلياً كالحیوان ، ثم الحيوان إنما يصلح أجرة إذا كان معيناً وإلا فلا .

وقال الكرخي في مختصره في الفرق بين المبيع والتمن ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن ، إلا أن يقع عليه لفظة البيع . قال الفراء الثمن ما كان في الذمة فالدرهم والدنانير أثمان أبداً لا يتعين بالعقد على أصول أصحابنا ، فإنها تثبت في الذمة ، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ببيعه أبداً ، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثن ، فان كانت معينة فهي مبيعة أيضاً ، وإن كانت غير معينة فان استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن نحو أن يقول اشتريت منك هذا العبد بكذا وكذا حنطة ونصف . وإن استعملت استعمال المبيع كان سماً نحو أن يقول اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد إلا بطريق السلم والفلوس بمنزلة الدرهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين كذا ذكره الشيخ أبو الفضل الكرماني في الإيضاح .

(لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع) أن الإجارة بيع المنفعة والأجرة ثمنها فيعتبر بالمبيع (وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان) التي ليست من ذوات الامثال كالحیوانات والعدديات المتفاوتة فإنها لا تصح ثمناً أصلاً لما مر في البيوع أن الاصول ثلاثة ثمن محض كالدرهم ، ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال ، وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات ثم الأعيان إنما تصح أجرة إذا كانت معينة كما إذا استأجر داراً بثوب معين ، وإن كان لا يصلح ثمناً قبل فيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها أعيان الجانبين ، فلو لم يصح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يحاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دواب المناظرين ، فاذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر كالتمثيل بالمنفعة فانها تصح أجرة إذا اختلفت جنس المنافع كما إذا

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لأنه عوض مالي ، والمنافع تارة
تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة
فيصح العقد على مدة معلومة ، أي مدة كانت

استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمناً أصلاً .

(فهذا اللفظ) أشار به إلى قوله ما جاز أن يكون ثمناً في البيع ... إلى آخره ،
وهذا لفظ القدوري (لا ينفي صلاحية غيره) أي غير الثمن (لأنه) أي لأن الأجرة
والتذكير على تأويل الأجرة (عوض مالي) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال
مجاز أن يقع أجرة ، وبه قال الثلاثة « رح » حتى قالوا يجوز إيجارة سكنى دار بسكنى
دار ، لأن السكنى يجوز أن يكون ثمناً فيجوز أن يكون أجرة وكره الثوري الإيجارة
بطعام موصوف في الذمة ، ثم الأجرة إن كانت من النقود يشترط بيان جنسها وصفتها
بأنها جيدة أو وسط أو رديئة ، وإن كانت مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً يشترط
فيها بيان القدر والصفة ، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند
أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما والثلاثة ، وإن كان عرضاً أو ثوباً يشترط فيه شرائط السلم ،
وفي هذا كله إذا كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناً فعلاجه بالإشارة لأنها أبلغ
أسباب التعريف ، وإن كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناً لعدم ثبوت
الحيوان في الذمة بدلاً عما هو مال .

(والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) هذا لفظ القدوري ، وبه قال كافة أهل العلم
إلا أن الأصحاب اختلفوا في مذهبه ، فمنهم من قال له قولان ، أحدهما كقول سائر أهل
العلم وهو الصحيح . والثاني لا يجوز أكثر من سنة لأن جواز الحاجة ولا حاجة في أكثر من
السنة ، ومنهم من قال قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاث سنين ، لأن الغالب أن الأعيان
لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر . قلنا هذا مخالف لقوله تعالى ﴿ على أن تأجرني

لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت ، وقوله أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ، ولتحقق الحاجة إليها عسى ، إلا أن في الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار ،

ثاني حجج ﴿ ٢٧ القصص ﴾ ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه .
(لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت)
احتذر بهذا عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة ، حتى لا يصحح أن يسمى ما يزرع فيها على ما يجيء .

(وقوله) أي قول القدوري (أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة) وفي الذخيرة ولو وقتاً مدة الإجارة وقتاً لا يعيش إليها أحدهما قبل المدة لا يصح ، به أفق القاضي أبو عاصم العامري ، لأن الغالب كالتيقن في حق الأحكام فكانت الإجارة مؤبدة ، والتأبيد يبطل الإجارة . وقال الخصاص يجوز لأن العبرة للفظ فانه يقتضي التوقيت ولا عبرة بموت أحدهما قبل انتهاء المدة ، لأن ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد كما لو زوج امرأة إلى مائة سنة فانه توقيت لا تأبيد حتى يكون متمتعاً وإن كانت المدة لا يعيش إليها غالباً ، وجعل نكاحاً موقوفاً اعتباراً للفظ .

(ولتحقيق الحاجة إليها عسى) أي إلى المدة الطويلة وعسى هاهنا وقعت مجرداً عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يتحقق الاحتياج ، وأهل العربية يأتون بذلك (إلا أن في الأوقاف) استثناء من قوله أي مدة كانت (لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها) أي ملك العين المستأجرة (وهي) أي الإجارة الطويلة في الأوقاف (ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار) أي المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين وهو اختيار مشايخ بلخ . وقال غيرهم يجوز وبه قال أكثر أهل العلم ،

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو
خياطة ، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها
مسافة سماها لانه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره ، وجنس
الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة
فصح العقد . وربما يقال

ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطله ، وبه أفتى الفقيه أبو الليث ، كذا في التتمة . هذا
إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة ، وأما إذا شرط فليس لمتولي الوقف أن
يزيد على ذلك ، فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها
وفي شرح حبل الخصاص قال بعض مشايخنا يجوز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقدوا
عقوداً متفرقة كل عقد على سنة فيكتب في الصك كذلك فيكون العقد الأول لازماً ،
والثاني غير لازم لانه مضاف .

(قال) أي القدوري (وتارة تصير) أي المنافع (معلومة بنفسه) أي بنفس العقد
(كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطة أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً
أو يركبها مسافة سماها لانه إذا بين الثوب) بأنه قطن أو كتان أو صوف أو حرير لانه
متعارف في الصبغ والخياطة (ولون الصبغ) بأنه احمر أو اصفر ونحوهما (وقدره)
أي قدر الصبغ بأن يلقيه في حب الصبغ مرة أو مرتين (وجنس الخياطة) بأنها فارسية
أو رومية (والقدر المحمول) على الدابة بأنه قنطاران (وجنسه) أي جنس المحمول بأنه
حنطة أو شعير أو علف (والمسافة) بأنه يوم أو يومان (صارت المنفعة معلومة فصح العقد)
لارتفاع الجهالة المفضية إلى النزاع .

(وربما يقال) إشارة إلى تخريج بعض المشايخ منهم القاضي أبو زيد فانه ذكر في
الاسرار أن الاجارة نوعان بيع منفعة بجنسه وهو إجارة الدار ونحوها وبيع العمل
المسمى المعلوم ، وانه يجوز من غير ذكر الوقت ، وانه أنواع ثلاثة : بيع عمل محض

الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط ،
ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الأجير المشترك .
وقد يكون عقداً على المنفعة كما في أجير الواحد ولا بد من

كالخياطة ونحوها . وبيع عمل مع عين المال كالصناعة بصبغ الصباغ والاستصناع وهو
طلب صناعة في العين ، وقد أشار إلى بعض ذلك .

وقال صاحب التحفة الإجارة نوعان ، إجارة على المنافع ، وإجارة على الأعمال ،
ولكل نوع شروط وأحكام . أما الإجارة على المنافع فكالإجارة الدور والمنازل
والخوانيت والصناع وعبيد الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلي البسر ،
والأواني للإستعمال والمقد في ذلك كله جائز . وشرط جوازه أن تكون العين المستأجرة
معلومة ، والأجرة معلومة ، والمدة معلومة بيوم أو شهر أو سنة لأنه عقد
معاوضة كالبيع وإعلام المبيع ، والتمن شرط في البيع ، فكذلك هاهنا . إلا أن
المعقود عليه هاهنا هو المنافع فلا بد من إعلامها بالمدة والعين الذي عقد عليه الإجارة
على منافعه .

وأما الإجارة على الأعمال فكالاستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط
عليه العمل في سائر الإحمال من حمل الأشياء من موضع ونحوه ، وأحكام هذا مذكورة
في الكتاب أشار إليه بقوله (الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار الخياط
والقصار ، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك) كالخياطة الفارسية والرومية والقصارة
مع النشاء أو بدونه (في الأجير المشترك) أي كون العقد عمل العمل في الأجير المشترك
(وقد يكون عقداً على المنفعة) كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل (كما في أجير
الواحد) بالإضافة . وفي بعض النسخ بالأجير الواحد والأول أصح ، لأنه ذكر في المغرب
أجير الواحد على الإضافة أي أجير المستأجر الواحد بخلاف أجير المشترك ، وفي معناه
الأجير الخاص ولو حرك الخاص لأنه يقال رجل واحد (ولا بد من بيان الوقت)
أي المدة .

بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة
كمن استأجر رجلاً بأن ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم ،
لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة
معلومة فيصح العقد .

(قال) أي القدوري (وتارة تصير المنفعة) أي المنافع (معلومة بالتعيين ، والإشارة
كمن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه) أي لأن الرجل المستأجر
(إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد) بدون
ذكر المدة ، والله أعلم بالصواب .

★ ★ ★

باب الأجير متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد

(باب الأجير متى يستحق)

لما كانت الإجارة موقوفة على إعلام الأجرة احتاج إلى بيان وقت وجوبها ولو بوب له باباً .

(قال) أي القدوري « رح » (والأجرة لا تجب بالعقد) أي بنفس العقد ، قال تاج الشريعة أراد وجوب الأداء . أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد . وقال السفناقي لا تجب ، معناه لا يجب تسليمها وأدائها بمجرد العقد ، وقال صاحب العناية هذا ليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالبيع ، فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ، ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال معناه لا يملك لأن عمداً « رح » ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لم يملك لم يجب إيفاؤها .

فإن قلت فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه . وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز لعدم دلالة الأعم عليه أصلاً . قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن يكون الاجرة مما ثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله . قوله وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً ، انتهى . قلت ذكر في الذخيرة يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط تعجيلها سواء كانت عيناً أو ديناً ، هكذا ذكر محمد في الجامع وذكر في الإجازات إن كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل ، فعمامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع . وقال بعضهم ما ذكره في الإجازات قوله أولاً وما ذكره في الجامع أخرى وهو الأصح ، لأن الإجارة عقد

وتستحق بإحدى معاني ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه . وقال الشافعي « رح » تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد ،

معارضة فيوجب المساواة بين البدلين ما أمكن ما لم يغير بالشرط . فلو قلنا أن إيفاءها يجب قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة ، وبه قال مالك .

(وتستحق بإحدى معاني ثلاثة) وفي بعض النسخ بأحد معان ثلاثة فوجهه أن يكون على تأويل العلل ، لأن المراد من المعاني العلل ، ولكن الفقهاء يكفون عن استعمال العلل لكونها من اصطلاحات الفلاسفة . وقال تاج الشريعة المسموع من السلف بأحد معان إذا المراد من المعاني العلل (إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) وفي العميون أو بالتمكن من الاستيفاء . قيل شرط التعجيل شرطاً فاسداً لأنه يخالف مقتضى العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد العقد . أجيب بأن وجوب الأجرة من مقتضيات العقد ، والعقد يقتضي ثبوت العقد عقيب ، إلا أن التعجيل سقط للمانع وقد زال المانع كالبيع يقتضي ثبوت الحكم عقيب وبالخير ، ولا يثبت المانع فإذا ثبت ثبت مضافاً إلى العقد السابق كذا هنا .

فإن قلت كيف يستحق بالتعجيل من غير شرط ، والمساواة بين البدلين شرط . قلت لأنه عجل بعد انعقاد سبب الوجوب لأن سببه هو العقد ، إلا أنه ما عمل عمله في إيجاب الملك في الأجرة للحال لتحقيق المساواة ، فإذا عجل فقد رضي ببطلان حقه في المساواة فصح كتعجيل الزكاة قبل حلول الحول ، وتعجيل الدين المؤجل كالسائح إذا سلم المبيع قبل استيفاء الثمن ، فانه يصح لأنه يعد سبب الوجوب .

(وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ، لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد) وهذا صحة الأجرة بأجرة مؤجلة ولم يجعل موجودة كان ديناً بدين وحرام لا محالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضى

فثبت الحكم فيما يقابله من البذل ولنا أن العقد ينقذ شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا ، والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقيق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط ، لان المساواة يثبت حقاً له وقد أبطله .

وانتفاء المانع (فثبت الحكم فيما يقابله من البذل) ولهذا صح الإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة بالإجماع وصح الارتهان به بالإجماع ، وبه قال أحمد .
فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضروري إذا ثبت يتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد .

(ولنا أن العقد ينقذ شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا) يعني في أول هذا الكتاب (والعقد معاوضة) أي عقد الأجرة معاوضة بلا خلاف (ومن قضيتها) أي من قضية المعاوضة (المساواة) أي من حكم عقد المعاوضة المساواة بين البذلين (فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر) وهو الإبراء تحقيقاً للمساواة .

(وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقيق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل) أي الأجرة (من غير شرط ، لان المساواة يثبت حقاً له وقد أبطله) أي المستأجر المستعجل .

فان قلت ما فائدة هذا الخلاف قد ذكر على والدين في طريقة الخلاف أن فائدته هي أنه لا يثبت للوَجَر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال . ولو كانت الأجرة عبداً وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال ، وعنده ولاية المطالبة في الحال ويعتق عليه في الحال . والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين ، لان الدين

وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها

ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدین ، وهذا طريق شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب . وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعمد كذلك .

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة ، وإن لم يسكنها) ذكر هذان البابان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء ، لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة أو باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه يقوم مقامه أحياناً ، ويدل أن الاقتسام لا يكون قسماً بذاته ، كذا قاله صاحب العناية وفيه نظر . لانا لا نسلم أن التمكن من الاستيفاء يدل بل هو قسم بذاته ، فلذلك عده البعض رابعاً . ثم قول المصنف فعليه الأجرة وإن لم يسكنها ليس على إطلاقه بل مقيد ، وبه قال أكثر أهل العلم .

الثاني : أن تكون الإجارة صحيحة ، ألا ترى إلى ما قال في تمة الفتاوى لا يجب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة ، وإنما تجب بحقيقة الاستيفاء ، بخلاف الإجارة الصحيحة ، فإن الأجرة تجب فيها بالتمكن من استيفاء المنفعة ، ثم في الإجارة الفاسدة . وإنما تجب الأجرة بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الأجر . أما إذا لم يوجد التسليم إليه من جهة الأجر لا يجب الأجر وإن استوفى المنفعة . ونقله عن شروح الجامع الكبير .

والثالث : ما ذكره في الذخيرة وشرح الأقطع إن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه ، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر فأمسكها المستأجر ببغداد حتى منعت مدة يمكنه السير إلى الكوفة فلا أجر . وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركب وجبت الأجرة . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله يجب الأجر في الوجهين ، لأن المنافع بلغت تحت يده باختياره . قلنا العقد وقع على المسافة كان بالتسليم في غيرها لا يستحق البدل ، وينبغي أن يكون التمكن من الاستيفاء من المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر ، وإن استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها ، بل مشى فإن كان بغير عذر في الدابة فعليه

لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ
التمكن من الانتفاع يثبت به ، فإن غضبها غاصب من يده سقطت
الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من
الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الأجر

الأجر ، وإن كانت لعة في الدابة بحيث لم يقدر على الركوب لا أجر عليه . ولو استأجر
ثوباً ليلبسه كل يوم بدانتق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل
يوم دانتق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو كان لبسه لا ينخرق لتمكن اللبس ، فإذا
مضى وقت يعلم أنه كان يلبسه ينخرق سقط عنه الأجر لتعذر جعله
منتفعاً به .

وفي التوازل نظر لهذا بالمرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب
نفسها إذا مضى وقت لو لبسه لبساً معتاداً ينخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى
وإلا فلا . وفي خلاصة الفتاوى إذا أجر داراً وسلمها فارغة إلا بيتاً كان مشغولاً بمتاع
الأجر أو سلم إليه جميع الدار ثم انتزع بيتاً منها من الدار رفع عن الأجر بحصة البيت ،
وسكوت المصنف عن هذه القيود للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، فإن حال
المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه
فارغاً عما يمنع من الانتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد والمكان ،
فكان معلوماً عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذلك
اعتماداً عليهما .

(لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه ، إذ التمكن من الانتفاع
يثبت به) أي بتسليم المحل (فإن غضبها) أي العين المستأجرة (غاصب من يده سقطت
الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات
التمكن فات التسليم وانفسخ العقد) وذكر الفضل قاضي خان في الفتاوى لا لتنفسخ
الاجارة ولكن (فيسقط الأجر) ما دامت في يد الغاصب ، وبه قال الشافعي ولكن له
حق الفسخ .

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها .
ومن استأجر داراً فللمؤاجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى
منفعة مقصودة ، إلا أن يبين وقت الاستحقاق في العقد لأنه بمنزلة
التأجيل ، وكذلك إجارة الاراضي لما بينا .

(وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها) أى بقدر المدة
التي وجب فيه الغصب وليس فيه خلاف .
(ومن استأجر داراً) ذكر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الأجر ، أي من
استأجر داراً مدة معلومة (فللمؤاجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة
مقصودة) قال السفناقي « رح » في الصواب أن يقال فللمؤاجر لأن قولنا أجر الدار هو
أفعل لا فاعل ، واسم الفاعل منه المؤجر لا المؤاجر . قلت قد بينت فيما مضى أن المؤاجر
ليس بفاعل من أجر ، وإنما هو فاعل من واجر وقد بينت أنه لغة العوام فإنهم يقولون
واجر موضع أجر ، فبالضرورة إذا أخذوا منه الفاعل يقولون مؤاجر فالخطأ في قولهم
واجر لا في قولهم مؤاجر ، فافهم . وقال في شرح الأقطع وقال زفر لا يطالبه إلا بعد
مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، لأن جميع
المعقود عليه لم يصر مسلماً فلا يطالبه ببذله ، بخلاف ما إذا بين الاستحقاق مثل أن يقول
أجرتك هذا الدار يكذا شيئاً على أن تعطيني الأجر بعد شهرين . ولنا أنه استوفى بعض
المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمعادلة بين المتعاقدين فكان القياس أن تجب الأجرة حالاً
فحالاً ، كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه ، إلا أنهم استحسنوا فأوجبوا الأجرة يوماً
فيوماً تيسيراً .

(إلا أن يبين) أي المستأجر (وقت الاستحقاق في العقد ، لأنه بمنزلة التأجيل)
والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل (وكذلك إجارة الأراضي) يعني
إذا أجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم لأنه منفعة مقصودة ، إلا إذا بين
وقت الاستحقاق فلا يطالبه إلا في ذلك الوقت لأنه بمنزلة التأجيل (لما بينا) وهو قوله
لأنه منفعة مقصودة ... إلى آخره .

ومن استأجر بغيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة ،
لان سير كل مرحلة مقصود ،

(ومن استأجر بغيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) قال الكاكي هذا قول الكرخي ذكره في المبسوط والإيضاح . وأما قول أبي حنيفة « رح » المرجوع إليه لم يقدر بتقدير ، بل قال كل ما سار مسيراً له من الأجر شيء معروف ، فله أن يأخذه بذلك ، وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » . وقال الاترازي نسبة ما ذكره القدوري إلى الكرخي عيب جداً ، لأن الكرخي نص في مختصره أنه قول أبي حنيفة « رح » الأخير ، ألا ترى أنه قال فيه . وقال أبو حنيفة فيما له وقت يطالبه بأجرة كل يوم يمضي من مدة الإجارة ، وكذلك في المسافة على قدر ما قطع منها فما يمكن تحصيل جزء من اجزائه . وقال أبو يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » في الذي يكتري إلى مكة للحال أن يطالبه بالأجرة يوماً بيوم ، وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو أيضاً قول محمد « رح » .

وقال أبو يوسف في الدور والمنازل إذا استأجر الرجل شيئاً منها شهر بأجر معلوم فليس له أن يأخذ الأجرة إلا إذا مضى شهر وليس له أن يطالب مثل ذلك روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وروى عنه في الذي استأجر إبلاً إلى مكة أنه لا يأخذ الأجر منه حتى يسير الثلث أو النصف وقال استخسر ذلك في الشقة البعيدة . وقال زفر إذا استأجر الرجل داراً كل شهر بعشرة دراهم وكل سنة بمائة درهم فليس له أن يأخذ من الأجر شيئاً حتى يمضي شهر في قوله كل شهر ، وحتى تمضي سنة في قوله سنة . فإن استأجر اثنا عشر سنة بألف درهم لم يكن له أن يطالب بشيء من ذلك حتى تمضي المدة وكذلك قال في المكر إلى مكة ذاهباً وجائياً أنه لا يطالب بالأجر حتى يذهب ويحيى ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، وهو قول أبي يوسف « رح » رواه محمد « رح » في الأصول .

وأما في الأصل فهو عندي قوله الأخير لأنه قال في رمضان سنة إحدى وثمانين ومائة ، وهذا قبل موته ليس بمشهور ، انتهى . وفي التقريب للقدوري قال أبو حنيفة « رح » إذا

وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء
السفر وهو قول زفر «رح» لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة
فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل . ووجه
القول المرجوع إليه أن القياس استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقيق
المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة يفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره

استأجر إبلا إلى مكة لم يلزمه تسليم الأجرة حتى يرجع ، وهو قول زفر ثم رجع
أبو حنيفة وقال كلما سار مرحلة طالبه بقدره ، وهو قولها ، وكذا ذكره في المختلف في
باب زفر «رح» .

(وكان أبو حنيفة «رح» يقول أولاً لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء
السفر ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر
على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) كالحياطة ، فإن الحياطة لا يستحق الأجر
قبل الفراغ .

فإن قيل قال فلا يتوزع الأجر على أجزائها يعني المنافع ، وهو خلاف المشهور أن أجر
العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، وقال المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط انقسام
المائة بين الأصل والفرع وهو منتف ، لأنه في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه
العوض بقدر ، ولا كذلك العمل ، لأنه لم يتسلم من الحياطة شيئاً . فالجواب أن أجزاء
العوض ينقسم على أجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق
القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الحياطة ، وهو تقدير ، إلا أن عمل
الحياطة لما اتصل بالثوب كان ذلك سليماً تقديراً ، على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل
القول المرجوع عنه ، فانه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه .

(ووجه القول المرجوع اليه أن القياس) يقتضى (استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقيق
المساواة) بين البدلين (إلا أن المطالبة في كل ساعة) هذا الاستثناء لبيان وجه ترك
القياس وهو أن المطالبة كلما سار شيئاً ولو خطوة (يفضي إلى أن لا يتفرغ
لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تقضي إلى عدمها ، فإن المستأجر لم يتمكن

فيتضرر به فقد رناه بما ذكرنا . قال وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل ، لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب لأجرته ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا ، قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم . قال ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستوجب الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان تمام العمل

من الانتفاع بامر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهة المؤجر ، فيمتنع المطالبة . وما افضى وجوده إلى عدمه فهو منتف (فقد رناه بما ذكرنا) من اليوم في الدار والرحلة في البعير استحساناً .

(قال) أي القدوري (وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب لأجرته) وهذا يشير إلى انه إذا كان ثوبين ففزع أحدهما جاز أن يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا إذا عمل) أي الخياط (في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ) قال السفناقي هذا وقع مخالف لعامة روايات الكتب عن المبسوط والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية لما انه ذكر فيها أن العامل في بيت المستأجر يستحق الاجر بقدر عمله ، حتى لو سرق الثوب فله الاجر بقدر عمله ، لان كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ، ولعله اتبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم فانه ذكره كما ذكر في الكتاب . وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل ، ولكن يجب بنفس العقد (لما بينا) إشارة إلى قوله لان العمل في البعض غير منتفع به .

(قال) إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم (أي في التعجيل) ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان تمام العمل بالإخراج (ذكر هذا البيان حكين أحدهما أن الاجير المشترك

بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك
قبل التسليم . فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة ، لانه صار
مسلباً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه ، لانه لم يوجد منه الجناية . قال
رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، لانه أمانة في يده ،
وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له ، لانه مضمون عليه فلا يبرأ

لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله ، والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون ففي استئجار
الحباز لا يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان كل واحد لا يحسنه على وجه
لا ينقطع ، فان قبل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير واحد
واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل . أجيب بأن أجير الواحد من وقع
المقد في حقه على المدة كمن استأجر شهراً للخدمة ، وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان
أجيراً مشتركاً يوقف استحقاقه على فراغ العمل .

(فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم) وفي
المبسوط وهو ضامن ، لان هذا جناية يد ويخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه مخبوزاً وأعطاه
الاجر ، وإن شاء ضمنه دقيقاً ولم يكن له اجر .

(فإن أخرجه) من التنور (ثم احترق من غير فعله) أراد أنه هلك من غير صنفته ،
لان الاحتراق هلاك ، أو احترق بنار أخرى أو رماء أحد في التنور (فله الاجرة)
المسمى (لانه صار مسلماً) بكسر اللام (بالوضع في بيته ولا ضمان عليه ، لانه لم يوجد منه
الجناية) فلا ضمان إلا على الجاني . قال العبد الضعيف رحمه الله اراد به نفسه (قال وهذا)
أي قوله لا ضمان عليه أو عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج (عند أبي حنيفة « رح »
لانه أمانة في يده) .

(وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له) الحاصل صاحب الدقيق بالحباز إن شاء
ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له (لانه مضمون عليه) لان قبض الاجير المشترك مضمون
عندهما (فلا يبرأ) منه بوضعه في منزل ملكه ، كما لا يبرأ القاصب من الضمان بذلك

إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر . قال
ومن استأجر طباًخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً
للغرف . قال ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً استحق الأجرة
إذا أقامها عند أبي حنيفة . وقال لا يستحقها حتى يشرحها ،
لأن التشريع من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله ، فصار

(إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر) ولا ضمان عليه في
الحطب والملح عندهما ، لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه ، وحال وجوب
الضمان في تنور قيمته له كذا في الذخيرة . وقال السفناني هذا الذي ذكره من الاختلاف
اختيار القدوري ، وأما عند غيره فهو يجري على عومه ، فانه لا ضمان بالاتفاق . أما
عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه لم يهلك من عمله . وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم وبه
قالت الثلاثة ، قلت هذا يتم إذا كان الوضع في بيته تسليماً .

(قال ومن استأجر طباًخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة) وهو طعام العرس ، والوكيرة
طعام البناء ، والنجوس طعام الولادة ، وما يطعمه النفساء نفسها خرسه ، وطعام الحتان
اعذار ، وطعام القادم من سفره نقيعة ، وكل طعام صنع لدعوة مادية جميعاً ويقال :
فلان يدعو المقر إذا خص وفلان يدعو الجملي إذا عم كذا قال القتي وغيره
(فالغرف) بفتح الغين المعجمة من باب ضرب يضرب وهو جعل الطعام في القصعة (عليه)
أى على الطباخ (اعتباراً للغرف) بضم العين المهملة وهو العادة ، وإنما قيد بقوله للوليمة
لأنه لو استأجره ليطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه ، ذكره في المغني والمحيط
والإيضاح ، والمرجع في الجميع الغرف .

(ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً) بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وهو الأجر
البنّي (استحق الأجرة إذا أقامها عند أبي حنيفة « رح ») وبه قالت الثلاثة (وقالوا
لا يستحقها حتى يشرحها) أى ينضدها بضم بعضها الى بعض ، ومادته بشين معجمة وراء
وجيم (لأن التشريع من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من

كإخراج الخبز من التنور ، لأن الاجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو
المعتبر فيما لم ينص عليه . ولأبي حنيفة « رح » أن العمل قد تم
بالإقامة والتشريع عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل
التشريع بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لأنه
طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج .
قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس

التنور ، ولأن الاجير هو الذي يتولاه) أي التشريع (عرفاً) أي من حيث العرف والعادة
(وهو) أي العرف (المعتبر فيما لم ينص عليه) .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن العمل قد تم بالإقامة ، والتشريع عمل زائد كالنقل .
ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريع بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لأنه
طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج) وفائدة الخلاف انه إذا
أفسد المطر قبل التشريع أو تكسر لا أجر له خلافاً لهما . وفي المبسوط هذا كله إذا كان
يقيم العمل في ملك المستأجر أما في غير ملكه فما لم يعد عليه ويسلمه إليه لا يستحق الاجر
 بالاتفاق ، حتى لو فسد قبل العد لا أجر له إلا على قول زفر « رح » وفي الرندويستي
لو ضربه في ملك نفسه لا يجب الأجر عنده إلا بالعد عليه بعد إقامته ، وعندهما بالعد
عليه بعد التشريع .

وقال الكرخي في مختصره وإذا استأجره ليضرب له لبناً في ملكه أو في شيء هو في
يده فإن رب اللبن لا يكون قابضاً حتى يحف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة « رح »
لا خلاف عنه في ذلك ، وعند أبي يوسف ومحمد « رح » حتى يشرجه فإن هلك اللبن
قبل الحد الذي حد كل واحد منهم في قوله فلا أجر له ، وإن كان بعد فله الاجر ، وإن
كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة
« رح » ومشرجاً عن أبي يوسف ومحمد « رح » .

(قال) أي القدوري (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس

العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب ، فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع ، ولو حبسه فضاع في يده لاضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس ، فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له هلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد « رح ، العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الاجر ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى .

العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر ، لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب هذا في الصباغ ظاهر ، لان أثر عمله في الثوب موجود وهو الصبغ ، وأما القصار إذا كان يقصر بالنشاء والبيض فكذلك ، وان كان يقصر بلا شيء قيل ليس له أن يحبس ، لان البياض قد اشترى بالدرن والوسخ ، فاذا زال ذلك بعمله يظهر ذلك البياض ، وقيل له الحبس ايضاً . وفي خلاصة الفتاوى وهذا إذا كان عمله في دكانه ، أما إذا خياط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع) حيث يجوز للبائع حبسه عن المشتري حتى يقبض الثمن ، وبه قال الشافعي في وجهه . وقال زفر والشافعي في قول وأحمد ليس له أن يحبس .

(ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس) ولا ضمان إلا على المتعدى (فبقي أمانة كما كان عنده) أي عند أبي حنيفة ، أي كما كان أمانة قبل الحبس فكذلك بعده (ولا أجر له هلاك المعقود عليه قبل التسليم) أي قبل تسليمه إلى مالكة فلا يستحق شيئاً .

(وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته) - ال كونه (غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسنبين بعد هذا إن شاء الله تعالى) يعني في باب ضمان الأجير .

قال وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يجبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس ، وغسل الثوب نظير الحمل . وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه

(قال) أى القدوري (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يجبس العين للأجر كالحمال) بالحاء المهمة والميم أيضاً ، وهو مكاري الحمل (والملاح) وهو الذي يتولى أمر السنن ، ويقال له التوتى بلغة أهل مصر (لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس) لأن العمل الذي هو المعقود عليه حقيقة قد تلاشى واضمحل ، وليس لعمله أثر في العين حتى يقوم مقام العمل ، فلا يكون له ولاية الحبس ضرورة (وغسل الثوب نظير الحمل) يعني إذا لم يكن ثمة من النشاء وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهي مسألة القصار ، وهذا اختيار بعض المشايخ ، اختاره المصنف ، وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان إن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قبيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله .

(وهذا بخلاف الآبق) هذا جواب عما يقال الآبق إذا رآه إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم ، وتقديره أن يقال الآبق ليس كذلك (حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر) أى والحال أنه لا أثر (لعمله لأنه) أى الآبق (كان على شرف الهلاك وقد أحياه) يرد إلى المولى ، والإحياء الذي يتصور من العباد تخليص من الإشراف على الهلاك ، وبه فسر قوله تعالى ﴿ ومن أحيأها فكلأنا أحيأ الناس جميعاً ﴾ ٣٢ المائدة ، إذ الإحياء الحقيقي لله تعالى .

فإن قلت إذا ذبح شاة أشرفه على الهلاك ، فإنه يضمن وإن كان أحيأ ملكه ، أوجب

(١) هكذا بالأصل .

فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا
الثلاثة . وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين ، لأنه وقع
التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال
بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه
تسليم فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع .

بأن الذابح إن كان مودعاً كان أجير المالك إذا أخبر المالك فالمسألة ممنوعة ، وإن كان
أجنبياً فرضا المالك غير معلوم ، فأما الرضى برد الآبق فمعلوم (فكأنه باعه منه) أى
فكان المراد باع الآبق من المولى (فله حق الحبس) كالبائع له حبس المبيع (وهذا
الذي ذكرناه) يعني حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر (هو مذهب علمائنا
الثلاثة) وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ورحمهم الله .

(وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي يعلمه فيه أثر ، وفي الذي
لم يكن . وذكر المتأبى قول الشافعي كقول زفر (لأنه وقع التسليم باتصال المبيع) أى
المعقود عليه (بملكه) وفي بعض النسخ باتصال المعقود عليه وهو الأظهر (فيسقط حق
الحبس) كما لو عمل في بيت الصاحب .

(ولنا أن الاتصال بالمحل) إنما وقع (ضرورة إقامة العمل) لأن صبح ثوب المستأجر
بدون الثوب محال (فلم يكن هو) أى الصابغ (راضياً به) باتصال الملك (من حيث
انه تسليم) أى تسليم المعقود عليه للمستأجر ، فإذا لم يكن راضياً بذلك (فلا يسقط
حق الحبس ، كما إذا قبض المشتري المبيع بغير رضى البائع) فلو للبائع أن يحبس وأن
يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه .

فإن قلت إذا استأجر خياطاً فخط في بيت المستأجر فبنفس الخياطة يكون مسلماً ،
فلو لم يكن الاتصال بالمحل تسليمًا لما وقع التسليم هاهنا ، قلت رضى الخياط بوقوع الخياطة
تسليمًا لمباشرته ما لا ضرورة فيه وهو الخياطة في بيت المستأجر ، بخلاف ما نحن
فيه فافترقا .

قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

(قال) أي القدوري (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه) نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً وإليه أشار المصنف بقوله أن يعمل بنفسه (فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه) أراد بالمحل نفس الصانع ، يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غيره ، فلا يجوز أن يستعمل غيره (فيستحق عينه) أي عين ذلك العمل (كالمنفعة في محل بعينه) كان استأجر دابة بعينها للحمل ، فإنه ليس للمؤجر ان يسلم غيرها ولمن استأجر غلاماً بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلاماً آخر مكانه . قال صاحب العناية وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو اصنع منه في ذلك القن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز . قلت عرضه تعلق لمعنى علمه عنده فلا ينبغي أن يتعدى إلى غيره وإن كان الغير خيراً منه . (وإن أطلق له العمل) مثل أن يقول خط هذا الثوب أو اصنعه (فله أن يستأجر من يعمل له ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره) لأن المقصود هو العمل وقد حصل (بمنزلة إيفاء الدين) فان الإيفاء يحصل بالمديون وبالتبرع من غيره .

فصل

ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب
ووجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه لأنه أوفى
بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره، ومراده إذا كانوا معلومين.

(فصل)

لما بين استحقاق تمام الأجر عقبه بالفصل بيان عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه .
(ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب) أي الرجل إلى
البصرة (فوجد بعضهم) أي بعض عيال المستأجر (قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر
بحسابه) قال تاج الشريعة أي أجرة الذهاب بكاملها واحدة المجيء بقدره ، لأن الأجر
مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة ، ولهذا لو ذهب ولم ينقل أحداً منهم لا يستوجب
شيئاً (لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) أي بقدر ما أوفى
(ومراده) محمد بن الحسن رحمه الله . وقال صاحب العناية أي مراد القدوري وهذا
غلط ، لأن القدوري لم يذكر هذه المسألة في مختصره ، وإنما هذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل استأجر رجلاً ليذهب إلى
البصرة فيجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فحمل من بقي قال له من الأجر بحساب
ذلك (إذا كانوا معلومين) يعني عياله إذا كان عددهم معلوماً ، قيد به لأنهم إذا كانوا
غير معلومين يستحق جميع الأجرة ، وهذا اختيار الهندواني . وقال بهذا إذا كانت المؤنة
تقل بنقصان العدد ، أما إذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء فإنه يجب
الأجر كاملاً .

وعن الفضلي استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب ولم يجد الحنطة فعاد
ان كان قال استأجر تلك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر
بالذهب ، ولو كان قال استأجرتك حتى أحمل من القرية لا يجب شيء ، لان في الاول
المعقد على شيئين الذهاب الى القرية والحمل منها ، وفي الثانية شرط الحمل ولم يوجد فلا

وإن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويحيى بجوابه فذهب
فوجد فلاناً ميتاً فردّه فلا أجر له ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
، رح . وقال محمد « رح » له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض
المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من
المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن المعقود عليه نقل
الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ،
لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام

يجب شيء ، كذا في الذخيرة وجامع الترمذاني .

(وان استأجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحيى بجوابه فذهب فوجد فلاناً
ميتاً فردّه) أى الكتاب قيد به ، لانه لو ترك الكتاب ثمة يستحقه أجر الذهاب بالإجماع
(فلا أجر له ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد رحمه الله له
الاجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه ، وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل
به (أى يقطع المسافة (لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته) وعند الثلاثة
له الاجر في الذهاب والرد ايضاً لثبوت الإذن بالرد دلالة اذا وجد ميتاً . وذكر
ابوالليث « رح » قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة رحمه الله .

(ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه) أى لان نقل الكتاب (هو المقصود) لما
فيه من تعظيم المكتوب اليه وصلة الرحم (أو وسيلة اليه) أي النقل وسيلة الى المقصود
(وهو العلم بما في الكتاب) لان اعلام ما فيه لا يتصور الا بنقل الكتاب (لكن الحكم
معلق به) أى بنقل الكتاب ، واراد بالحكم وجوب الاجرة (وقد نقضه) أى وقد نقضه
الاجير النقل وهو عمله قبل التسليم (فيسقط الاجر كما في الطعام) أى كما يسقط الاجر
فيما اذا استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتاً فردّه ، فأنه
لا اجر له بالاتفاق لنفقة تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام والآن تجيء هذه المسألة ،

وهي المسألة التي تلي هذه المسألة . وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع ، لأن الحمل لم ينتقض . وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام .

ولهذا قال (وهي المسألة التي تلي هذه المسألة) أى مسألة الطعام هذه هي التي تأتي عقيب مسألة نقل الكتب .

(وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع ، لأن الحمل لم ينتقض) لأن ترك الكتاب ثمة مفيد في الأصل ، لأنه ربما يصل إلى ورثته فينتفعون به ، وهاهنا قيود أبينها لك كثيراً للفائدة ، الأول : قيد بالذهاب بالكتاب ليشير إلى أن هذا فيما ليس له حمل ومؤنة ، حتى لو استأجر بالذهاب والمسألة الحالة فلا أجر له بالاتفاق . وعند زفر « رح » يجب وهو قياس قول الثلاثة .

الثاني : قيد بالمجيء بالجواب ، لأنه لو لم يشترط المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما إذا كان ميتاً وغائباً فإنه يجب الأجر كاملاً .

الثالث : قيد بالذهاب بالكتاب ، حتى لو ذهب إلى فلان بلا كتاب فلا أجر له .

الرابع : قيد بأنه وجده ميتاً لأنه إذا لم يجده ميتاً وأتى بالجواب يستحق الأجر كاملاً .

الخامس : قيد بأنه وجد ميتاً حتى لو وجده غائباً ودفع الكتاب إلى آخر ليدفعه إليه أو دفعه إلى فلان وهو لم يقر ورجع بالجواب فله أجر الذهاب .

السادس : قيد استئجاره بتبليغ الكتاب لأنه لو استأجره لتبليغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد أو وجد ولم يبلغ برسالته ورجع له الأجر بالإجماع .

السابع : قيد بأنه رد لأنه لو ترك يستحق أجر الذهاب وقد ذكرناه فيما مضى .

(وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام) لأن الأجر ها

بـخلاف مسألة الكتاب على قول محمد « رح » ، لأن المعقود
عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب .

هنا مقابل بصيرورة الطعام محمولاً إلى ذلك الموضع الذي عينه ، لأنه الفرض صحيح عينه
وهو الربح وغيره ، فإذا رد فقد أبطل هذا الفرض فصار كالخياط إذا خياط الثوب ثم
نقض حيث لا أجر له .

(بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد « رح ») فإنه يقول نقل الطعام عمل مقابل
الأجر لما فيه من الشقة وقد نقصه بالرد ، كما في مسألة الخياط إذا نقص . وأما نقل
الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته ، وإنما الأجر مقابل بقطع المسافة وقد
قطعها في الذهاب وهو معنى قوله (لأن المعقود عليه هناك) أي في مسألة نقل الكتاب
(قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب) وهو قوله لأنه أوفى بعض المعقود عليه
وهو قطع المسافة .

* * *

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها)

أي في الاجارة (قال) أي القدوري (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى) وقال الأتزازي رحمه الله قبل صورة المسألة فيما إذا قال استأجرت هذه الدار هكذا شهراً ، ولم يبين شيئاً يعمل فيها السكنى ولا غيرها ، فعلى هذا يكون قوله السكنى متصلاً بالدور والحوانيت إلى استئجار دور السكنى وحوانيت السكنى من غير أن يبين ما يعمل فيها جائز . ويجوز أن يتعلق قوله السكنى بالاستئجار ، أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأصل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسد وهو الظاهر من كلام القدوري . قلت فعلى قول تاج الشريعة يكون محل للسكنى جواباً لوصفيه على قول الأتزازي يحتمل الوجهين الجر على الوصفية ، والنصب على التعليل فافهم .

ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى ، قال تاج الشريعة السكنى هو صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار ، يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى ، لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى فإنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت .

(وإن لم يبين) المستأجر ما يعمل في الدور والحوانيت ، صورته أن يقول استأجرت هذا الدار شهراً بكذا ولم يبين (ما يعمل فيها) من السكنى وغيره فذلك جائز (لأن العمل المتعارف فيها) أي في الدور والحوانيت (السكنى فينصرف إليه) أي

وأنه لا تتفاوت فصح العقد . وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا
أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً

السكنى (وانه) أي وإن السكنى (لا تتفاوت فصح العقد) وفي بعض النسخ ولأنه ،
وهكذا صححه صاحب العناية ، ولهذا قال قوله ولأنه لا تتفاوت جواب عما عسى أن
يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه .
ووجهه أن السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت ولا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح ،
وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز لأن المقصود بناء الدار والحائوت الانتفاع ، وهو
قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من
ذلك ، وبه قال أبو ثور .

(وله) أي والمستأجر (أن يعمل كل شيء للإطلاق) أي لإطلاق العقد ، ويدخل
تحت قوله كل شيء الموضوع ووضع المتاع وكسر الحطب للوقود وغسل الثياب وربط
الدواب ، لأن سكناها لا يتم إلا بذلك . وفي الذخيرة إنها يكون له ربط الدواب إذا
كان فيها موضع معد له وإن لم يكن فليس له ذلك ، وكذا قال الاسبيجاني . وفي شرحه
ولو استأجرها للسكنى كل شهر هكذا فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها
من أحب ، وهذا إذا كان فيها موضع معد لذلك .

(إلا أنه) أي أن المستأجر ، والاستثناء من قوله وله أن يعمل كل شيء (لا يسكن
حداداً) قال تاج الشريعة فتح الحاء هو المسموع واستصوبه السفناقي . والظاهر ما قاله
الأترازي وغيره أنه يجوز فيه الفتح والضم ، فعلى الفتح يكون حداداً نصباً على الحال ،
وعلى الضم يكون مفعولاً به ، ففي الأول ينتفي الإسكان دلالة . وفي الثاني ينتفي
السكنى دلالة ، وقوله (ولا قصاراً ولا طحاناً) عطفاً على حداداً ، ونص في الذخيرة
أن المراد رعى الماء أو رعى الثور . أما رعى اليد فلا يمنع منه ، لانه لا يضر بالبناء وهو
من توابع السكنى في العادة ، ثم قال ورجى اليد إذا كان يضر بالبناء وهو من توابع
السكنى يمنع عنه وإلا لا ، هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى . وقال أيضاً فلو قعد
حداداً أو غيره فأنهدم شيء من البناء ضمن ذلك ولا أجر عليه فيما ضمن ، وإن لم ينهدم

لأن فيه ضرراً ظاهراً ، لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءه دلالة . قال
ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها .
وللستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط ، لأن الإجارة تعقد

شيء لا يجب الاجر ، لان عمل الحدادة والقصارة غير داخل في العقد ويجب استحساناً ،
وبه قالت الثلاثة .

ولو اختلف المستأجر والاجر في ذلك فقال المستأجر استأجرتها للحدادة والاجر
يقول للسكنى دون الحدادة فالقول للاجر ، لأنه أنكر الاجارة أصلاً . ولو أقاما البينة
فالبينة بينة المستأجر لأنه يثبت زيادة الشرط . وقال شيخ الاسلام الاسبيجاني في شرح
الكافي وإذا استأجر بيتاً على أن يقعد فيه قصاراً فأراد أن يقعد فيه حداداً فله ذلك إذا
كان مضرتها واحدة ، أو مضرة الحداد أقل لأنه لا يلحقه في ضرر زائد فكان له ذلك ،
وإن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الوصي والمسلم والذمي
والحربي المستأمن والحر والمملوك والمكاتب كلهم سواء في الاجارة ، وقال أيضاً في شرح
الطحطاوي ومن استأجر حائوتاً ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل ما بدا له ، إلا أنه لا
يعمل حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ، وكذلك كل ما يوهن البناء ، وكذلك كل شيء
استؤجر ولم يبين ذلك فله أن يعمل فيه حسب ذلك العمل إلا في أشياء معدودة إذا استأجر
دابة للركوب ولم يبين من يركبها ، أو استأجر ثوباً ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدراً
للطبخ ولم يبين ما يطبخ فيها فالاجارة في هذا كله فاسدة .

(لأن فيه) أي في سكنى الحداد ونحوه أو في إسكانه (ضرراً ظاهراً لأنه يوهن)
أي يضعف (البناء فيتقيد العقد بما وراءها) أي بما وراء صنعة الحداد والقصار والطحان
(دلالة) أي من حيث دلالة الحال على ذلك .

(قال ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أي في
الأراضي وفيه قيد سنذكره (وللستأجر الشرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء
(والطريق وإن لم يشترط ، لأن الاجارة تعقد للإنتفاع ولا انتفاع إلا بها فيدخلان في

للانتفاع ، ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف
البيع ، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى
يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه
من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع . ولا يصح العقد حتى يسمى
ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع متفاوت
فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة . أو يقول على أن يزرع فيها
ما شاء لأنه لما فوض الخيرة

مطلق العقد) يعني وإن لم يذكرهما . قال الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير وكان
أبو جعفر يقول إذا كانت الاجارات في بلدنا فالشرب لا يدخل في الاجارة
بغير شرط ، لأن الناس يتملون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل
فيها إلا بالشرط .

(بخلاف البيع) يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر (لأن المقصود منه ملك الرقبة لا
الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش) مع أنه لا ينتفع به في الحال (والأرض
السبخة دون الاجارة) أي وبيع الأرض السبخة بفتح السين المهمة وكسر الباء الموحدة
وفتح الحاء المعجمة . وعن الكسائي بالاسكان وهي الأرض التي لا تنبت شيئاً والجمع على
سبخ (فلا يدخلان فيه) أي فلا يدخل الشرب والطريق في البيع (من غير ذكر الحقوق
وقد مر في البيوع) في باب الحقوق من كتاب البيوع .

(ولا يصح العقد) أي عقد استئجار الأراضي للزراعة (حتى يسمى ما يزرع فيها)
بفتح الباء على بناء الفاعل (لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها) أي ولغير الزراعة نحو
البناء وغرس الأشجار ونصب الفسطاط ونحوها (وما يزرع فيها متفاوت) بضم الياء على
بناء المفعول ، لأن البعض قريب الإدراك والبعض بعيداً ، أو لأن البعض يضر الأرض
كالدرة والبعض لا يضر كالبطيخ (فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول) بنصب
اللام عطفاً على قوله حتى يسمى (على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوض الخيرة) أي

إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، ويجوز أن يستأجر الساحة
ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً لأنها منفعة تقصد بالأراضي ،
ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها

الاختيار وهو يكسر الحاء وفتح التاء آخر الحروف والراء (إليه) أي إلى المستأجر
(ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة) وفي المغني لابن قدامة استأجرها للزرع مطلقاً ،
أو قال ليزرعها ما شئت فإنه يصح ولو زرعها ما شاء وهو مذهب الشافعي ومالك
رحمهما الله .

وعن شريح لا يصح حتى يبين ما يزرع ، لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان ، وهو
قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر في الكتاب . ثم لو زرع نوعاً من الأنواع وهذه الصورة
ومضت المدة ففي القياس يجب عليه أجر المثل ، وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب
العقد جائزاً كما لو استأجر ثوباً للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فيه ،
فإن عين اللابس بعد ذلك جاز استحساناً ، كذا في الذخيرة وجامع قاضي خان .

(قال ويجوز أن يستأجر الساحة) بالحاء المهملة المخففة ، وهي الأرض الخالية عن
البناء والشجر (ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً) عطف الشجر على النخل من
قبيل عطف العام على الخاص ، كما في قوله تعالى ﴿ سبعا من المثاني والقرآن العظيم ﴾ ٨٧
الحجر ، وفائدته الأشعار بفضل المعطوف عليه .

فإن قلت المراد هنا بيان الحكم لا بيان الفضائل ، فما فائدة أفراد النخل ولا يعرفون
غيره وإن كانوا يسمعون ، فربما كان يتوهم المتوهم أن حكمها مختلف ، فلدفع هذا الهم
أفرد بالذكر ، ولم أر أحداً من الشراح تعرض لهذا (لأنها منفعة تقصد بالأراضي)
فيصح لها العقد .

(ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه) المستأجر (أن يقلع البناء والغرس) بكسر
الغين بمعنى المغروس ، ولا يجوز الفتح لأنه مصدر فلا يتصور فيه القلع (ويسلمها فارغة)
أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغرس ، ومعناه يحبر على القلع

فارغة لأنها لا نهاية لها ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض .
بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث تترك بأجر المثل إلى
زمان الإدراك ، لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبيين .
قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً

ولا يضمن صاحب الأرض قيمة النقص ، وبه قال مالك والمزني . وقال الشافعي وأحمد
رحمهما الله إن كانا قد شرطا القلع عند انقضائها فكذلك . وإن أطلقا العقْد لم يجبر على
القلع إلا أن يضمن المالك له قيمة نقضه (لأنه لا نهاية لها ، ففي إبقائها إضرار بصاحب
الأرض) والضرر مدفوع .

(بخلاف ما إذا انقضت المدة) أي مدة الاجارة (والزرع بقل حيث يترك بأجر
المثل إلى زمان الادراك ، لأن لها) أي للزرع والتأنيث باعتبار المدة ، أي لأن لمدة الزرع
(نهاية معلومة ، فأمكن رعاية الجانبيين) أي جانب صاحب الأرض بأجر المثل ، وجانب
صاحب الزرع بالترك إلى الاشهار به ، قالت الثلاثة إن لم يكن ذلك من تفريط المستأجر
مثل أن يزرع زرعاً لم تجز العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب
يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بأجر المثل . وعند الشافعي « رح » وجه يلزمه
نقله . وفي المبسوط الجواب متحد في حق اعتبار الغرس في الاجارة والعارية والغصب
حتى يجب عليهم القلع والتسليم فارغاً .

وفي الزرع اختلف الجواب ، ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لأنه
متمتع ، وفي الاجارات يترك إلى وقت الادراك إستحساناً بأجر المثل . وفي العارية المؤقتة
وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع إستحساناً .

(قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له) أي لصاحب الشجر أو لصاحب
البناء (قيمة ذلك مقلوعاً) أي حال كونه مقلوعاً لأنه يستحق القلع فيقوم الأرض بدون
البناء أو الشجر ، وتقوم وبها بناء أو شجر لصاحب الأرض أن يأمر بقلعه فيضمن فضل
ما بينها كذا ذكر في الاختيار وغيره ، ولكن الذي يفهم من نفس التركيب أن يغرم

ويتملكه فله ذلك ، وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر ، إلا أن
ينقص الأرض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه . قال ويرضى
بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا ، لأن الحق له فله
أن لا يستوفيه . قال وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة
وفي الأرض رطبة فإنها تعلق ،

قيمة الشجر مقلوعاً يعني مرمياً على الأرض إن كان لا ينفع إلا للحطب يكون قيمة
الحطب ، وإن كان ينفع لوجه آخر يكون قيمته من ذلك الوجه ، وكذلك قيمة البناء
مقلوعاً على الأرض الحجر من ناحية ، والطين من ناحية (ويتملكه فله ذلك) أي يتملك
مالك الأرض كل واحد من البناء والشجر (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه إنما يجوز
(برضاء صاحب الغرس والشجر) لئلا يتضرر بالاجبار (إلا أن ينقص الأرض بقلعها)
أي بقلع الأشياء المذكورة والبناء والغرس والشجر ، لأن المذكور هذه الثلاثة .

فإن قلت المفهوم من الغرس فيما مضى النخل والشجر حيث قال لزمه أن يقلع البناء
والغرس بعد قوله نخلاً أو شجراً ، وما هنا عطف الشجر على الغرس ، والمعطوف غير
المعطوف عليه ، وترك ذكر البناء ما هنا . قلت أما ذكر البناء فلأن الغالب نقصان
الأرض بقلع الأشجار دون البناء . وأما عطف الشجر على الغرس فلتبنيه على فائدة ، وهي
أن الغرس اعم من الشجر اسم لماله ساق والغرس يتناول لماله ساق وما ليس له ساق ،
والحكم في النوعين سواء فافهم . فإن هذا أيضاً ما ذكره أحد من الشراح (فحينئذ
يتملكها بغير رضاه) أي حين وجود نقص الأرض بالقلع يتملك صاحب الأرض البناء
والغرس والشجر حال كونها مقلوعة بغير رضى المستأجر .

(قال) أي القدوري (أو يرضى) أي صاحب الأرض (بتركه على حاله فيكون
البناء لهذا والأرض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيه) لأن من له الحق
لا يجبر .

(قال وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تعلق ،

لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبهه الشجر . قال ويجوز استئجار الدواب للكوب والمحمل

لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبهه الشجر (إنما أورد هذا لبيان أن حكم الرطبة كحكم الشجرة . قال تاج الشريعة الرطبة كالقصب والكراث . قلت الرطبة هي التي يقال لها برسيم والقرط في لغة أهل مصر ، ولكن عندهم هي كالزعر يزرع في كل سنة ، بخلاف غيرها من البلاد فإنها عندهم كالشجر في طول البقاء وليس له نهاية معلومة ، فيحكم في كل بلد بحسب عرفها والطرخون عندنا كالرطبة في طول البقاء ، وليس له نهاية معلومة .

(قال) أي القدوري (ويجوز استئجار الدواب للركوب والمحمل) يعني لركوب معين إما نصاً حقيقة أو تقديرأ ، أو إنما قلنا هكذا إلا أنه إذا استأجر دابة للركوب ولم يعين من يركبه لا تصح الإجارة ، وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه ولم يعين من يلبسه تقسده الإجارة نص عليه في المبسوط والذخيرة وغيرها .

فإن قلت قال القدوري فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، وكذلك إن استأجر ثوباً للبس وأطلق على ما يحىء الآن في الكتاب . قلت قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في فتاوى قاضي خان أنه لو أركب غيره أو ركبته بنفسه انقلب جائزاً بعدما وقع فاسداً فيكون معنى قوله . فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، أي لو أركبه ينقلب إلى الجوار بعدما وقع فاسداً ، أو يكون المراد ما ذكره الأقطع في شرحه قوله فإن أطلق الركوب ، أي استأجرها للركوب على أن يركب عليها من شاء اختاره صاحب الكافي ، والأوجه أن يقال ما ذكره من الفساد جواب القياس ومن الجواز جواب الاستحسان ما ذكر في المبسوط بعد ذكره وجه القياس في القياس . وفي الاستحسان أن الجهالة المفسدة قد زالت بركوب نفسه وإركاب غيره فجعلنا التعمين في الانتهاء كالتعمين في الابتداء .

فإن قلت ما الدليل على جواز استئجار الدواب . قلت روى الواقدي في كتاب أسباب نزول القرآن بإسناده إلى العلاء بن المسيب عن أبي أمامة التيمي ، قال سألت ابن

لأنه منفعة معلومة معهودة ، فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق ، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص على ركوبه ، وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس .

عمر رضى الله عنها فقلت أنا أقول بكري في هذا الوجه وأن قوماً يزعمون أنه لا حرج لنا ، قال أستم تلبون ، أستم تطوفون بين الصفا والمروة ، قال بلى ، قال إن رجلاً سأل النبي ﷺ عما سألت عنه فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم فعدوا فتلوه ﴾ فقال أنتم الحجاج ، فدل الحديث أن استئجار الدواب جائز (لأنه) أي لأن كل واحد من الركوب والحمل (منفعة معلومة معهودة) بين الناس .

(فإن أطلق الركوب) أراد عمم ولم يقيد بركوب شخص بأن قال على أن تركب من شاء أو على أن تركب من شئت ، أما إذا استأجر للركوب مطلقاً لا يجوز كما ذكرناه آنفاً (جاز له) للمستأجر (أن يركب من شاء) بضم الياء من الإركاب ومن في محل نصب مفعوله (عملاً بالإطلاق) أي التعميم كما ذكرنا (ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل) أي لأن ركوبه بنفسه أو إركابه غيره تعين حال كونه مراداً من الأصل وهو الإطلاق والتعميم (والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص) في الابتداء (على ركوبه) شيء معين .

(وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق) أي عمم ولم يقيد بلبس شخص (فيما ذكرناه) من العمل بالإطلاق وهو أن يلبس من شاء ، ولكن إذا لبس بنفسه أو لبس واحداً ليس له أن يلبس غيره (لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس) هذان يرجعان إلى الحكمين المذكورين من قبيل اللف والنشر ، فرجع كل واحد منهما إلى ما يليق به من الحكم .

وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مقيد لعدم التفاوت ، والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه . قال وإن سمى نوعاً وقدرأ معلومة يحمله على الدابة مثل أن يقول

(وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فمضب) أي هلك ، والضمير فيه يرجع إلى كل واحد من الدابة والثوب (كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ، فصح التعيين وليس له أن يتعداه) لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإذا تعدى ضمن (وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل) بكسر الميم الثانية وذلك بالفسطاط ونحوه حتى لو استأجر فسطاطاً ودفعه إلى غيره إجارة أو إهارة فنصبه وسكن فيه ضمنه عند أبي يوسف رحمه الله لتفاوت الناس في نصبه واختياره مكانه وضرب أوتاده . وعند محمد لا يضمن لأنه كالدار (لما ذكرنا) يعني من تفاوت الناس في الاستعمال .

(فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل) كالأحصاص المبنية من البردي ، والبيوت المبنية من الخشب ونحوها (إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير مقيد لعدم التفاوت) في المسكن (والذي يضر بالبناء خارج) هذا جواب عن سؤال من يقول قد تفاوت السكان أيضاً ، فإن الحداد ونحوه يضر بالبناء ، فأجاب عنه بأن الذي يضر بالبناء خارج ، أي مستثنى (على ما ذكرناه) أشار به إلى قوله إلا انه لا يسكن حداداً ... إلى آخره .

(قال) أي القدوري (وإن سمى نوعاً وقدرأ معلومة يحمله على الدابة مثل أن يقول

خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ، لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيراً من الأول . وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به . وإن استأجرها ليحمل عليه قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره ،

خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر) كحنطة أخرى غير الحنطة المعينة (أو أقل) ضرراً (كالشعير والسمسم) قال السفناقي وتبعه الأترازي هذا لف ونشر ، فالشعير ينصرف إلى المثل ، والسمسم إلى أقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن . قلت هذا ليس بلف ونشر ، بل كل واحد منها ينصرف إلى الأقل ومثاله ، وأما مثل الحنطة في الضرر هو الحنطة الأخرى غير الحنطة المعينة في الإجارة كما ذكرنا ، ولا شك أن الشعير أخف من الحنطة سواء كانا وزناً وكيلاً ، فكيف يكون مثل الحنطة في الضرر ثم قال هذا جواب الاستحسان ، أما لو سمى قدراً من الحنطة وزناً فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن . وفي المبسوط لا يضمن وهو الأصح ، وبه أفتى الصدر الشهيد « رح » (لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت) فيها إذا كان مثلاً (أو لكونه خيراً من الأول) فيها إذا كان أقل ضرراً .

(وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء فيه) لأنه يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة . وفي المبسوط وكذا لو حمل وزن الحنطة قطناً يضمن لأنه يأخذه من ظهر الدابة فوق ما يأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه ، كما لو حمل عليها حطباً أو تبناً .

(وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة ، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره ، والقطن ينبسط على

قال وإن استأجرها ليركبها فأركب معه رجلاً فعطبت ضمن
نصف قيمتها ، ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة
قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل
لعلمه بالفروسية .

ظهره) إنما ذكر هذا مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا
نظير الموزون .

(قال) أي القدوري (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن
نصف قيمتها) قيد بالإرداف لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وإن
كانت الدابة تطيق ذلك ، لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد
فيكون أشق عليها ، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً . وقيد بقوله رجلاً لأنه إذا
أردف صبياً يضمن قدر الفضل لأن الصبي لا يستمسك بنفسه على الدابة فكان كالمشاة ،
وهذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك ، فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها وبه قال الشافعي
وأحمد عن الشافعي يجب على المردوف نصف الضمان ، قوله (ضمن نصف قيمتها) يعني
مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر
فلا يرجع المستأجر على الغير سواء كان الغير مستعيراً أو مستأجراً ، وإن ضمن الرد يرجع
على المستأجر إن كان الغير مستأجراً ، وإن كان الغير مستعيراً لا يرجع .

وفي تجريد القدوري استأجر دابة ليركبها فأركب غيره مع نفسه يضمن النصف
سواء كان أخف أو أثقل ، وفي الفتاوى الصغرى والتتمة استأجر دابة ليركبها إلى مكان
معلوم فركب وحمل مع نفسه حملاً يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة ، وهذا إذا لم
يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع آخر أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن
قيمة جميع الدابة ، كذا في إجازات شيخ الإسلام خواهر زادة .

(ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها
ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية) أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على

ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات .

ظهر الدابة وكيف يضم فخذه وكيف يحط رجله في الركب إذا كانت الدابة تركب
بالركب وكيف يمسك اللجام والخطام ، فإن الدواب لا تطلق ولا تهلك تحت الركاب
إلا من هذه الجهات .

(ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن) قال في الكافي لأن الآدمي
لا يوزن بالقبان وفيه نظر ، وقد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا
وزنها ولكن ينضبط هذا على ما لا يخفى (فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة) يضم
الجسيم جمع جاني كالقضاة جمع قاض (في الجنائيات) أراد ان الاعتبار في الجنائيات المتعددة
عدد الجناة لا عدد الجنائيات حتى ان رجلاً إذا جرح رجلاً جراحة واحدة والآخر عشر
جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافاً ، لأنه ربما سلم المجرور من عشر جراحات
ويهلك من جراحة واحدة .

وأورد شهبان ، الأولى : أن الأجر والضمان لا يجمعان ، وهما قد اجتمعا ، لأنه
وجب عليه نصف الضمان مع وجوب الآخر كما ذكرنا . الثانية : أنه لو استأجرها ليركبها
بنفسه فلو أركب غيره يجب عليه كل القيمة وها هنا نصف القيمة مع أنه ركب وأركب
غيره ، مع أن الضرر ها هنا أكثر والضمان يدور مع زيادة الضرر .

أجيب عن الأولى بأن انتفاء الأجر عند الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق القصب ،
لأن الأجر في ملكه ، وها هنا لم يملك شيئاً بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع
المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه ،
لا يقال حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة قد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن
لا يلزمه نصف الأجر ، لأننا نقول إن الضرر ليس من قبل ثقل الراكب وخفته ، وإنما هو
باعتبار العدد ، ولهذا يوزع الضمان نصفين . وعن الثانية أنه إذا أركب غيره فهو مخالف
في الكل ، وغنا هو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو
استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع
نفسه غيره .

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه
فعطبت ضمن ما زاد الثقل ، لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو
غير مأذون فيه

(وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه) أي من
المقدار الذي عينه (فعطبت ضمن ما زاد الثقل) بكسر الثاء وفتح القاف وهو ضد الخفة
وهو اسم معنى وبالسكون الحمل وهو اسم غيره (لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو
غير مأذون فيه) وقوله ما زاد الثقل مقيد بما إذا كان المزيد من جنس المسمى ، بخلاف
ما إذا كان من غير جنسه كما لو استأجرها ليحمل عليها كر شعير فحمل عليها حنطة
بمثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها . والفرق أن في الأول هو مأذون في حق
المزيد عليه ، وفي حق الزيادة فلا يضمن لما أذن فيه . وفي الثاني تحققت المخالفة في الجميع
فيضمن ، وعند الشافعي وأحمد يضمن قيمتها كلها كما في الفصب ، لأنه متعد إذا لم يكن
معها صاحبها ، وإن كان صاحبها معها فإن تلف بعد التسليم إلى صاحبها لم يضمن وإن
تلف في حال الحمل ضمن .

وفي قدر الضمان قولان ، أحدهما : نصف القيمة . والثاني : أنه يسقط وما قابل
الزيادة يجب وإن لم يهلك يجب المسمى ، وفيما زاد أجر المثل . وعن مالك خير المالك
بين تضمين القيمة بالتعدي وبين أجر المثل .

فإن قيل ما ذكرتم ينتقض بما إذا استأجر ثوراً للطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن
أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس . أجيب بأن الطحن
إنما يكون شيئاً فشيئاً فكما طحن العشرة انتهى الإذن فبعد ذلك هو مخالف في استعمال
الدابة بغير الإذن فيضمن . فأما الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض مخالف
في بعض فيوزع الضمان على ذلك .

وفي تنمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوائق
عشرين مختوماً فأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في
الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلك الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري المستكري في

والسبب الثقل فانقسم عليهما . إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة . وإن كبج الدابة بلجامها أو ضربها فغطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالوا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد ، فكان حاصله بإذنه فلا يضمنه . ولأبي حنيفة أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما

الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلك الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة . وإن كانت الخنطة في الجولقين فحمل كل واحد منهما جوقاً ووضعاهما على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً وجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد .

(والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملاً) بكسر الحاء (لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) وفي بعض النسخ لخروجه عن طاقة الدابة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وفي الشرط يضمن القيمة .

(وإذا ^(١) كبج الدابة بلجامها) أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري (أو ضربها فغطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالوا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله بإذنه فلا يضمنه) وبه قالت الثلاثة وإسحاق وأبو ثور . وقال صاحب العناية وفي عبارته تسامح ، لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخله . والجواب أن اللام في المتعارف للعهد ، أي الكبج المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحينئذ يكون داخله لا مراداً ، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره .

(ولأبي حنيفة أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما) أي

(١) وإن - هامش .

للمبالغة ، فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق . وإن استأجرها
إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو
ضامن . وكذلك العارية

الكبح والضرب (للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق) فإنه مقيد بوصف
السلامة . وفي الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصي لم يضمن ، وهما
لو ضربا يضمنان . وفي العيون المعلم والاستاذ إذا ضربا الصبي بغير إذن الأب أو الوصي
ضمننا . ولو ضرباه بإذنهما لا يضمنان ، والأب والوصي إذا ضرباه للتأديب فمات ضمنا
عند أبي حنيفة خلافاً لهما . وفي التتمة الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما . وفي الفتاوى
الصغرى أيضاً قال أبو سليمان إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن فمات قال أبو حنيفة تجب
الدية ولا يرثه . وقال أبو يوسف لا شيء عليه ويرثه . ولو ضرب امرأته على المضجع
فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما ، لأنه ضربها لمنفعة نفسه ، بخلاف
الأب مع الابن .

(وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح
الراء المهملة وهي مدينة على ميل من الكوفة كان يسكنها النعمان بن المنذر (فجاوز بها
إلى القادسية) وهو موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً (ثم ردها إلى الحيرة ثم
نفقت) أي هلك (فهو ضامن ، وكذلك العارية) أي في العارية أيضاً يضمن إذا فعل
ذلك ، وبه قالت الثلاثة ، وهل يجب أجر المثل في الزيادة فعندنا وعند الثوري لا
يجب ، وعند الشافعي وأحمد يجب أجر المثل في الزيادة . وحكي عن مالك إذا تجاوز
بها إلى مسافة بعيداً خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي وقد
طعن عيسى بن إبان وقال إلحاق الاجارة بالعارية كما ذكره في الكتاب غير مستقيم لما أن
يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة ، وهذا
مؤنة الرد على المالك . بخلاف العارية حيث لا يرجع المستعير على المالك بشيء .

أجيب عن هذا بأن يد المستأجر يد نفسه لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير ، ولكن

وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل الجواب مجري على الإطلاق ، والفرق أن المودع

رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة ، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان المغرور .

فإن قيل لو استأجرت امرأة ثوباً لتلبسه أياماً فلبست ليلاً كانت ضامنة . ثم إذا جاء النهار برئت عن الضمان فعلم أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق يبرأ المرأة الضمان . قلنا وجوب الضمان عليها لاستعمال دون اليد ، فإن لها أن تمسكه بالليل والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار . وها هنا وجوب الضمان صح باعتبار إمساك الدابة بعد المجاوزة بدليله أنه لو لم يركبها فهلكت يضمن ، والإمساك وإن أعادها إلى الحيرة يزول بالرد على المالك أو إلى على نحو قائم مقامه ولم يوجد ، كذا ذكره المحبوبي .

(وقيل تأويل هذه المسألة) أشار بهذا إلى بيان اختلاف المشايخ في معنى وضع المسألة المذكورة فمنهم من قال تأويلها (إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير) أى الدابة (بالعود) من القادسية إلى الحيرة (مردوداً إلى يد المالك معنى) فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى (أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع) بفتح الدال (إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق) حيث يخرج عن الضمان .

(وقيل الجواب مجري على الإطلاق) يعني سواء استأجرها ذاهباً لا جائياً ، أو ذاهباً وجائياً فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان ، لأن بالمجاوزة صار غاصباً ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على نائبه ولم يوجد ، لأن محمداً لم يفصل في الجامع الصغير في الجواب بل أطلق ، وقال هو ضامن من غير قيد (والفرق) يعني بين

مأمور بالحفظ مقصوداً فيبقى الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق
فحصل الرد إلى يد نائب المالك . وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ
مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً ، فإذا انقطع الإستعمال لم يبق
هو نائباً فلا يبرأ بالعود ، وهذا أصح ومن أكثرى حماراً بسرج
فتزع ذلك السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان
عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك ، إذ لا فائدة
في التقييد بغيره ،

الوديعة وبين الإجارة والعارية (أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد
العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك) أراد نائب المالك هو المودع بنفسه ،
لأنه نائبه في الحفظ لقيام الأمر مطلقاً ، فإذا عادا إلى الوفاق حصل إلى نائب المالك فبرئ
من الضمان .

(وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً ، فإذا
انقطع الإستعمال) بالتجارة عن الموضع المسمى (لم يبق هو نائباً) أي المستأجر أو المعير
(فلا يبرأ بالعود) أي فلا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

فإن قيل غاصب الغاصب إذا رد المصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على
المالك أو نائبه . أجيب بأننا نزيد في المأخوذ فنقول يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم
يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(وهذا) أي الأجر على الإطلاق (أصح) من التفصيل في الجواب . وفي الكافي
وقيل الأول أصح .

(ومن أكثرى حماراً بسرج فتزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه ، لأنه
إذا كان يماثل الأول) أي البيع ، السرج الثاني إذا كان مثل السرج الأول (يتناوله إذن
المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره) أي من حيث المنع ، أي لا فائدة في القول بأن هذا

إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة . وإن كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن ، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً . وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج ، وهذا أولى . وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة .

مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه إذا كان غيره يمثله . وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح . قال الكاكي والأولى في اللفظ هنا أن يقال بعينه . وقال الأتزازي قوله في التقييد بغيره ، أي في تقييد الضمان بغير ذلك السرج . ولو قيل بعينه كان أولى في تقييد الإذن بغير ذلك السرج ، لأنه وما يمثله سواء فلم يفد التقييد . قلت فكأنما ما وقفنا على كون هذه نسخة ، فلذلك قال هذا القول .

(إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه ، يعني ضمن إذا كان السرج الثاني زائداً على الأول ثم بين كيفية الضمان بقوله (فحينئذ يضمن الزيادة) لانه من جنس المسمى . قال تاج الشريعة هذا إنما يستقيم إذا كان الهلاك من السرج الثاني . (وإن كان لا يسرج بمثله الحمر) بأن سرجه بسرج البرذون (يضمن) القيمة كلها (لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً) فيضمن (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى) أي الضمان ها هنا أولى من الضمان فيما إذا أسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر ، لأن السرج من جنس السرج والاكاف ليس من جنس السرج ، ولأنه أثقل بالنسبة إلى السرج .

(وإذا أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير ، لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ، ولكن قال هو ضامن . وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن مشايخنا من قال ليس في المسألة روايتان ، وإنما المطلق محمول على المفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد . وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة . قال شيخ الاسلام وهذا أصح .

وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة ،

(وقالوا يضمن بحسابه) وهو رواية عن أبي حنيفة وتكملوا في معنى هذا فقيل المراد المساحة ، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين ، والا كاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها . وقيل بحسابه في الثقل والحفة ، حتى لو كان وزن السرج منوين ، والا كاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها . وقال الحاكم في الكافي ولو تكرارى حماراً عرياناً فأسرجه وركبه فهو ضامن له . وقال الكرخي في مختصره ولو اكترى حماراً عرياناً فأسرجه ثم ركه كان ضامناً . وقال الاسييجاني في شرح الكافي وهذا إذا كان حماراً لا يسرج مثله عادة ، أما إذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه ، لأن المقصود هو الركوب والسرج آلة ، فلا يختلف بوضع السرج عليه .

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل أصحابنا هذا وقالوا استأجره ليركب إلى خارج المصر لم يضمن ، لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف ، فلما أجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى . وقالوا وإن استأجر ليركه في المصر وهو من ذوي الهيئات فله أن يسرجه ، لأن مثله لا يركب بغير سرج ، وإن كان من دون الناس فأسرجه ضمن ، لأن مثله يركب في البلد بغير سرج ، ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد ، لأنه ذكر الضمان مطلقاً . قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة . وقال الأنرازي ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة لأنه استأجر عرياناً فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب . وقال الكرخي في مختصره إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام ، وكذلك إن أبدله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه .

(لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء ، فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة) فكان

فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه . ولأبي حنيفة
« رح » ان الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل
والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة
ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفاً ، كما إذا حمل الحديد
وقد شرط له الحنطة . وإن استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق
كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان
عليه . وإن بلغ

متعدياً فيها فيضمنها (فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه) أي فصار حكم
الزيادة في السرج كحكم الزيادة في الحمل المسمى بأن قال خمسون بأن كان المسمى حنطة
فإنه يضمن الزيادة .

(ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل) بفتح الحاء (والسرج
للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر) أراد أن
الإكاف ينبسط أكثر مما ينبسط السرج (فيكون مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له
الحنطة) أي والحال أنه قد شرط للحمل الحنطة . قال صاحب العناية فيه نظر ، لأنه
عكس ما نحن فيه من المثال ، إلا إذا جعل ذلك للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط
وعدمه . قلت ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا تأخذ من ظهر
الدابة قدر ما تأخذ الحنطة ، وهذا ظاهر على أن هذا التشبيه والتشبيه لا عموم له فلا
حاجة إلى النظر .

والجواب عنه (وإن استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذه في طريق
غيره يسلكه الناس) أي غير الطريق الذي عينه المستأجر ، هذه جملة في محل الجرح لأنها
صفة لقوله في طريق غيره . قيد بها لأنه إذا كان لا يسلك الناس فيه يضمن (فهلك المتاع
فلا ضمان عليه) لعدم مراده التقييد (وإن بلغ) بالتشديد ، كذا السماع من المشايخ ، أي

فله الأجر . وهذا إذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت ، لأن
عند ذلك التقييد غير مفيد . أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة
التقييد فإنه تقييد مفيد ، إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان
طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل . وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس
فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفاً . وإن بلغ فله الأجر لأنه
ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة

فان بلغ الجمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه وتجوز التخفيف والتأويل
(فله الأجر) لحصول المقصود (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه من عدم الضمان ووجوب
الأجر (إذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت ، لأن عند ذلك) أي عند عدم التفاوت
(التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت) أي التفاوت ، وهو أن يكون الذي سلكه
وعراً وأخوف (يضمن لصحة التقييد فإنه تقييد مفيد) لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه ، فإذا
خالفه صار متعدداً فيضمن وإن بلغ إليه المكان مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود ، كذا
في الفوائد الظهيرية .

(إلا أن الظاهر) هذا جواب إشكال يرد على التفصيل ، تقريره أن يقال أن محمداً
أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما
هذا التفصيل ، فأجاب بقوله إلا أن الظاهر (عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس
فلم يفصل) يعني بين الطريقتين بالتفاوت (وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن ،
لأنه صح التقييد فصار مخالفاً) صورة ومعنى فيضمن (وإن بلغ) بالتشديد يعني وإن
بلغ الجمال المتاع ذلك الموضع الذي عينه ، ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع ،
يعني إن بلغ المتاع إلى المكان الذي عينه مع سلوكه في الطريق الذي لا يسلكه الناس
(فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف) أراد به مخالفة المستأجر (معنى) أي من حيث المعنى
لحصول غرض المستأجر (وإن بقي) الخلاف (صورة) أي من حيث الصورة ، وذلك
لأنه سلك غير ما عينه .

وإن حمله في البحر فيسما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين
البر والبحر ، وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
معنى . ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما
نقصها ، لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها
وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شريفضمن ما نقصها ، ولا
أجر له لأنه غاصب للأرض على ما قررناه . ومن دفع إلى خياط ثوباً
ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ، وإن
شاء أخذ القباء

(قال وإن حمله في البحر) والحال انه أمره بالمسير في البر (فيما يحمله الناس في البر)
أراد حمله في الطريق في البحر يحمل الناس فيه (ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر)
حتى أن للمودع ان يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر (وإن بلغ) يعني المكان
الذي عينه مع حملانه في البحر (فله الأجر لحصول المقصود) وهو بلوغ ذلك الشيء إلى
الموضع الذي عينه (وارتفاع الخلاف معنى) دون صورة وهو ذهابه في غير الطريق الذي
عينه ولكن هذا الخلاف غير معتبر بعد حصول المقصود .

(ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) بلا خلاف بين
أهل العلم (لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى
سقيها ، فكان خلافاً إلى شريفضمن ما نقصها ولا أجر له) أي للمستأجر على المؤجر ، لأن
الأجر والضمان لا يجتمعان (لأنه غاصب للأرض) وعند الشافعي وأحمد رب الأرض غير
بين أخذ الأجر وما نقصت الأرض ، وبين أخذ أجر المثل للجميع . وعن أحمد عليه أجر
المثل كالغاصب (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض .

(ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة
الثوب) ويكون القباء للخياط ، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان (وإن شاء أخذ القباء

وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهماً . قيل معناه القرطق الذي هو ذو طلق واحد لانه يستعمل استعمال القباء . وقيل هو مجري على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة ، وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار ، لأن القباء خلاف جنس القميص .

وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهماً (لان المنافع عندنا لا تتقوم إلا بالعقد ، وليس فيما وراء المسمى عقد كما لو شرط على النساج أن ينسجه صفيقاً فحكه رقيقاً أو على العكس حيث يلزمه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي (قيل معناه) أي المراد عن القباء هو (القرطق الذي هو ذو طاق واحد) وهو تعريب - كرتة وبك ناهي - والقرطق الذي يلبسه الاتراك مكان القميص ، يقال له بالفارسية - بكهتي - .

وقال الاترازي وكان سماعنا بفتح الطاء في القرطق ، وهكذا كان تصحيح الإمام حافظ الدين الكبير البخاري ، ولكن حفظناه في كتاب مقدمة الادب سماعاً من الثقات بضم الطاء ، ولها وجه ، لانه لما كان معرباً تلاعبت به الالسنه كما شئت . قلت ينبغي أن يكون بالفتح ، لانه تعريب - كرتة - كما ذكرنا وهو مفتوح التاء ، فلما عربوه قلبوا التاء طاء ، ولا يلزم منه تغيير الحركة أيضاً فافهم . وفي المغرب القرطق ذو طاق واحد . وقال الإمام ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق ، وإذا خيط جانباه كان قميصاً ، وهو المراد من القرطق ، كذا في الحياوطة (لانه يستعمل استعمال القباء) أي لان القرطق يستعمل استعمال القباء ، لانه يلبس مثل ما يلبس القباء ويدخل اليدان في الكمين فيه كما في القباء .

(وقيل هو مجري على إطلاقه) أي القباء مجري على إطلاقه من غير أن يأذن أن معناه القرطق (لانها) أي لان القميص والقباء (يتقاربان في المنفعة) أي في منفعة اللبس من دفع الحر والبرد وستر العورة .

(وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار) لصاحب الثوب ، وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة وهي قياس قول الثلاثة (لان القباء خلاف جنس القميص) فكان

وجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه وينتفع به
انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء
إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ، ولا يجاوز به الدراهم
المسمى كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة على ما نبينه في بابه
إن شاء الله تعالى ..

مخالفاً من كل وجه ، فكان غاصباً من كل وجه وحكم الغاصب من كل وجه هذا .
(ووجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أنه) أي القباء (قميص من كل وجه ، لأنه
يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص) من دفع الحر والبرد وستر العورة (فجاءت
الموافقة والمخالفة) الموافقة من حيث أن القباء يشبه القميص من الوجه المذكور . وأما
المخالفة فظاهرة لأنه أمره قميصاً وخاطه قباء (فيميل) أي إذا كان الامر كذلك فيميل
صاحب الثوب (إلى أي الجهتين شاء) فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه وترك القباء
عليه . وإن مال إلى الوفاق أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ، وهو معنى قوله (إلا أنه
يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة) لأنه ما رضي بهذه الصفة وإنما رضي بتلك الصفة
المخصوصة . ألا ترى أنه لو خاطه قميصاً مخالفاً لما وضعه لم يجب المسمى لقوت وصف
يقابله المسمى ، فهذا أحق .

(ولا يجاوز به الدراهم المسمى ، كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة على ما نبينه
في بابه إن شاء الله تعالى) وعند الثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

ثم اعلم أن هذا كله إذا تصادق على الامر بخياطة القميص . ولو قال رب الثوب
أمرتك بخياطة القميص . وقال الخياط بل أمرتني بخياطة القباء فالقول لرب الثوب ، وبه
قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى وأبو ثور . وعن أحمد في رواية القول للخياط . واختلف
أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال في المسألة قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال الصحيح أن
القول لرب الثوب . ومنهم من قال إنها يتحالفان كالمبتاعين يختلفان في الثمن ، فإن أقاما
البينة فالبينة بينة الخياط . وإن اختلفا في الأجر فالقول للمالك لأنه منكر الزيادة والبينة

ولو خاطه سراويل وقد أمر بالبقاء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ، والأصح أنه يخير للإتحاد في أصل المنفعة ، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فإنه يخير ، كذا هذا .

بينه الخياط ، لأنها تثبت الزيادة .

(ولو خاطه سراويل وقد أمر بالبقاء) أي والحال أنه قد أمر بخياطة القباء (قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة) وبه قالت الثلاثة (والأصح أنه يخير) إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب ولا أجر عليه . وإن شاء أخذ الخياط وأعطاء أجر مثله ولا يجاوز به المسمى (للاتحاد في أصل المنفعة) أي منفعة اللبس وستر العورة (وصار) أي حكم هذه المسألة (كما إذا أمر بضرب طست من شبه) بفتح الشين المعجمة والباء الموحدة وهو ضرب من النحاس . قال أبو عمر والطست والطستة والطس لغات في الطست والجمع طسوس وطساس وطسس وطسات ، قال أبو عبيد عن أبي عبيد الطست معربة (فضرب منه كوزاً فإنه) أي فإن الامر (يخير) بين أن يأخذ الكوز وإعطاءه أجر مثله ، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا أجر عليه (كذا هذا) أي فيما إذا خاطه سراويل وقد أمر بالبقاء .

وقال شمس الاثمة البيهقي في الكفاية قالوا لو قطعه سراويل لم يجب له أجره إلا أن الرواية تخالف هذا . وقال في الإيضاح كانوا يقولون لو قطعه سراويل لم يجب له أجر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه . قال والرواية تخالف هذا ، فإنه روي عن محمد أنه لو دفع شياً إلى رجل ليضرب له طست إلى آخر ما ذكره المصنف .

* * *

باب الاجارة الفاسدة

قال الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع ، لأنه بمنزلة ، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ

(باب الاجارة الفاسدة)

عقبها بالصحيحة لأنها تأخذ الحكم منها ، وتأخيرها عن الصحيحة إيقاعها في عيها^(١) .
(قال) أي القدوري (الإجارة تفسدها الشروط) المخالفة لمقتضى العقد كما لو استأجر رحي ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه ، وكذا لو اشترط تطيين الدار وممرتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر ، وكذلك اشترط كرى نهر في الأرض أو ضرب مسنات عليها أو حفر بئر فيها أو أن تصرفها على المستأجر لأنه جعل هذه الاعمال من جملة الأجر وانها مجهولة غير معلومة ، وجهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة (كما تفسد البيع لأنه) أي لان الإجارة والتذكير باعتبار العقد (بمنزلة) أي بمنزلة البيع .

(ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ) كما أن البيع كذلك وقوله يقال من الإقالة لا من القول ، فإذا كانت مثل القول تفسد بالشروط ، لأنها مبنية على المضايقة والمماكسة ، فالإشتراط يكون مفضياً إلى المنازعة كالبيع ، ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشروط لما أنه بني على المسامحة وأراد بالشروط شروطاً لا يقتضيها العقد لآكل شرط كما في البيع . ولهذا لو استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الأجرة إذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالأجر إلى أن يرجع ، إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب ، وكذا لو استأجر رجلاً ليعمل له هذا العمل بدر وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم جاز

(١) محكمها - هامش .

والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى .
وقال زفر والشافعي « رح » يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان .
ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى
بالضرورة في الصحيح منها ،

بالإتفاق . بخلاف ما لو استأجر ليعمل هذا العمل اليوم عند أي حنيفة ، كذا في
الفتاوى الصغرى .

(والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) هذا إذا كان فساد
الإجارة بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنه لو
كان باعتبار واحد منها يجب الأجر بلغ ما بلغ ، ذكره في المغني والذخيرة وفتاوى قاضي
خان . وقال تاج الشريعة قوله لا يجاوز به المسمى ، أي إلا إذا كان المسمى مجهولاً نحو ما
إذا استأجره على دابة أو ثوب أو أجر منه داراً ليسكنها بعشرة على أن يعمرها ويؤدي
نوابها فإنه ثمة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغاً ما بلغ) أي يجب أجر المثل حال كونه
بالغاً ما بلغ . وقوله ما بلغ مفعول بالغاً ، وبه قال مالك وأحمد (اعتباراً ببيع الأعيان)
أي معتبرين اعتباراً ببيع المنافع ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة
ما بلغت ، وهذا بناء على أن المنافع عندهم كالأعيان .

(ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها) لأن التقويم يستدعي الإحراز وما لا يبقى كيف
يحرز (بل بالعقد) أي بل يتقوم بالعقد ، يعني صارت متقومة شرعاً بالعقد (لحاجة الناس
إليها) أي لأجل حاجة الناس إلى الإجارة التي هي بيع المنافع . حاصل الكلام أن
المنافع اعراض لأبقائها ، فكما توجد تتلاشى ، ولا قيمة لها ، ولكنها تقوم بمقدار الإجارة
لضرورة دفع الحاجة عن الناس ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وهو معنى
قوله (فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها) يعني إذا كان الأمر كذلك يكتفى بالضرورة
في العقد الصحيح من الإجارة ، لأن الضرورة تتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بالإجارة
الصحيحة ، فيكتفى بها .

إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة لكنهما
إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص
أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع ،
لأن العين متقوم في نفسه وهو الموجب الأصلي ، فإن صحت
التسمية انتقل عنه

(إلا أن الفاسد تبع له) هذا جواب عما يقال ينبغى أن لا يجب أجر المثل في
الفاسد لعدم الضرورة. فأجاب بأن الفاسد تبع للصحيح فيثبت فيه ما يثبت في الصحيح
باعتبار أنه تبعه ، والاعتبار للأصل لا للتبع ، فصار كأنه لا وجود للفاسد (فيعتبر ما
يحمل بدلاً في الصحيح عادة) هذا من تنمة الجواب ، أى يعتبر في الإجارة الفاسدة ما
يحمل به لا في العقد الصحيح عادة ، وهو قدر أجر المثل (لكنهما إذا اتفقا على مقدار
في الفاسد فقد أسقطا الزيادة) هذا أيضاً جواب عما يقال ينبغى على ما ذكرتم أن يجب
أجر المثل بالغاً ما بلغ ، فأجاب بقوله لكنهما ، أى لكن المتعاقدين إذا اتفقا على مقدار
معين في العقد الفاسد فقد أسقط الزيادة على المقدار المعين لتراضيهما بالتسمية على ذلك .

(وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية) هذا أيضاً جواب عما
يقال لما سقطت الزيادة في الفاسدة باتفاقهما على مقدار كان ينبغى أن يجب الأجر المسمى
بالغاً ما بلغ . فأجاب بقوله وإذا نقص أجر المثل عن المسمى لم تجب الزيادة على المسمى
لأجل فساد التسمية ، واستقرار الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى .

(بخلاف البيع) جواب أيضاً عما يقال ينبغى أن لا يعتبر تراضيهما في سقوط الزيادة
كما في البيع الفاسد ، فأجاب بقوله بخلاف البيع (لأن العين متقوم في نفسه) يعني بالأصالة
بلا ضرورة (وهو الموجب الأصلي) أى القيمة هو الموجب الأصلي ، وذكر الضمير
لتذكير الخبر (فإن صحت التسمية) في البيع (انتقل عنه) أى عن الموجب الأصلي
الذي هو القيمة إلى المسمى لصحة التسمية ، والضمير في انتقل يرجع إلى الواجب الذي
دل عليه قوله هو الموجب الأصلي وهو أقرب من قول السكاكى انتقل إلى التسمية على تأويل

وإلا فلا . ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور ، إلا أن يسمى جملة شهور معلومة ، لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم ، وكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه .

ذكر التسمية ، وكذا من قول الأترابي أي انتقل البذل عن الموجب الأصلي إلى المسمى (وإلا فلا) أي وإن لم تصح التسمية فلا ينتقل الواجب على الموجب الأصلي الذي هو القيمة .

وفي شرح الطحاوي في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينقطع بها عندنا وأحمد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن ومن الاستيفاء كالصحيح . ولو استأجر شيئاً ثم أجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف . وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة . وإن أجره بعد القبض يجوز بلا خلاف . فلو كانت اجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشافعي والنخعي وابن المسيب وأحمد في رواية . وقال الشافعي وأحمد في آخره وأبو ثور وعطاء والحسن والزهرى يطيب له .

(ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد ، فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) بأن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم ، وبه قال الشافعي في الأجل . واختاره الاصطخري وأحمد . وقال الشافعي في الإصح الإجارة باطلة . وقال مالك الإجارة صحيحة ، وكلما يمضي شهر استحق الأجرة ، لأن الإجارة لا تكون لازمة عنده ، لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة .

(لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور بجهولة والبعض منها غير محصور ، وترجيح البعض من الشهور المتوسط بين الأدنى والجمع ترجيح بلا مرجح ، والواحد منها معلوم متيقن يصح العقد فيه ، وهو معنى قوله (فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه) أي في الشهر الواحد .

وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاه
العقد الصحيح . فلو سمي جملة شهور معلومة جاز ، لأن المدة
صارت معلومة . قال فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد
فيه ، وليس للمؤاجر أن يخرج به إلى أن ينقضي ، وكذلك كل شهر
يسكن في أوله ، لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني ،
إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ ،

فإن قيل إذا كان العقد فاسداً في بقية الشهور لكان الفسخ جائزاً في الحال ، أجب
بان الإجارة من العقود والمضافة وانعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد
وكيف يفسخ .

(وإذا تم) أى الشهر (كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاه العقد
الصحيح) الذي كان في شهر واحد ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر الأخير هل
يصح ، قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف يصح ، وعلى قولهما لا يصح . وقال بعضهم
لا يصح إلا بحضرة صاحبه بالاتفاق ، كذا في الذخيرة (فإذا سمي جملة شهور معلومة جاز
لأن المدة صارت معلومة) فارتفعت الجهالة ، ويحوز في معلومه الأولى الوجهان النصب
على الحال من الشهور ، والجر على الوصفية .

(قال) أى القدوري (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) لأن
التراضي منها جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالتعاطي ، وبه قال أحمد خلافاً للشافعي
(وليس للمؤاجر أن يخرج به إلى أن ينقضي) أى الشهر ، والكلام في المؤاجر قد مر مرة
(وكذلك كل شهر يسكن في أوله ، لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني)
أى كذلك يصح العقد في كل شهر يسكن في أوله ويتم اجراً (إلا أن الذي ذكره في
الكتاب) أى القدوري (هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ) من المتأخرين ، لأن
رأس كل شهر في الحقيقة هو الساعة التي هل فيها الهلال فإذا هل مضى رأس الشهر
فلا يمكن الفسخ .

وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى
من الشهر الثاني ويومها ، لان في اعتبار الاول بعض الحرج
وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل
شهر من الاجرة ،

(وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني
ويومها ، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج) لأن رأس الشهر في العرف هو الليلة الأولى
ويومها ، فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف . واعلم أن مشايخنا قد اختلفوا في وقت الفسخ
بعد تمام الشهر ، قال بعضهم لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الأول ، أعني
حين يهل الهلال حتى إذا سكن من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك ، واليه
ذهب القدوري وبعض مشايخنا . وقال الصدر الشهيد في الوقعات في باب الإجارة
الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر والثاني
والثالث ، فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول شهر واول الشهر هذا . وقال بعض
مشايخنا له الفسخ في الليلة الأولى ويومها ، واختاره صاحب الهداية .

وفي الذخيرة قيل لم يرد محمد بقوله لكل منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من
حيث الحقيقة ، بل مراده رأس الشهر عرفاً وعادة هو الليلة التي يهل فيها مع يومها كما قال
محمد في كتاب الأيمان حلف ليقضين حقه رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث
استحساناً ، وقيل طريق فسخه ان يقول الفاسخ قبل مجيء الشهر فسخت الإجارة رأس
الشهر فتفسخ الإجارة إذا هل اذا عقد الإجارة مضافاً يصح ، وكذا فسخه ، وذكر
الحاكم احمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة لو عجل اجرة شهرين او ثلاثة وقبض
الأجر ذلك ليس في احدهما الفسخ في قدر ما عجل به ، إذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل .
ثم إذا فسخ احدهما الإجارة من غير محضر صاحبه هل يصح ، من مشايخنا من قال انه
على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد لا يصح ، وعلى قول أبي يوسف يصح ، ومنهم من قال
لا يصح الفسخ هنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف ، كذا في الذخيرة .

(وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن

لان المدة معلومة بدون التقسيم ، فصار كإجارة شهر واحد
فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم . ثم يعتبر ابتداء المدة
مما سمي ، وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره ، لان
الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبهه اليمين ، بخلاف
الصوم لان الليالي ليست بمحل له . ثم إن كان العقد حين يهل الهلال

المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ، فانه جائز وإن لم يبين قسط كل
يوم (هاتان مسألتان لا يعلم فيها خلاف ، كذا قال الكاكي . قيل قال القدوري في
شرحه لمختصر الكرخي . وقال الشافعي على القول الذي يجوز الإجارة أكثر من سنة
لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة ، قلت هذا الخلاف فيما إذا أجز داره سنين معلومة ،
فانه يصح عندنا وإن لم يذكر قسط كل سنة (ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي) أى من الوقت
الذي سمي بأن يقول من شهر وجب من هذه السنة مثلاً .

(وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة
على السواء) لذكر الشهر منكور ، وفي مثله يقين الزمان الذي يتعقب السبب (فأشبه
اليمين) كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً تعين الشهر الذي وجد منه اليمين فيه ، لأن
الظاهر من حال العاقد ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم (بخلاف
الصوم) حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره فيما إذا نذر ان يصوم شهراً ما لم يعينه ،
لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء (لأن الليالي ليست بمحل له) يوضحه ان الشروع
في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه ، وربما لا يقترن ذلك بالسبب .

(ثم إن كان العقد حين يهل الهلال) بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول أى حين
يبصر الهلال ، اراد به اليوم الاول من الشهر ، كذا قاله الكاكي . وقال الاترازي يجوز
على صيغة المبني للفاعل ، وعلى صيغة المبني للمفعول جميعاً ، قال في الجوهرة هل الهلال
واهل ، ودفع الأصمعي هل وقال لا يقال إلا اهل واهللنا نحن إذا رأينا الهلال ، واجاز
أبو زيد أهل الهلال . وفسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله اراد به اليوم

فشهور السنة كلها بالالهة لانها هي الاصل . وإن كان في أثناء الشهر
فالكل بالأيام عند أبي حنيفة « رح » وهو رواية عن أبي يوسف
« رح » . وعند محمد « رح » وهو رواية عن أبي يوسف الأول
بالأيام والباقي بالالهة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة وهي في الأول
منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام

الأول من الشهر وفيه نظر ، لأنه ليس حين يهل الهلال بل هو اول الليلة الأولى من الشهر
وهذا لأنه للمنافاة بين الإجارة والاقوات بل الايام والليالي فيها سواء فلا حاجة إلى اعتبار
المدة من اول أيام الشهر ، بل يعتبر من اول الشهر وهو ما قلنا . قلت قال السفناقي أهل
الهلال على ما لم يسم فاعله ولم يقل غير هذا وكفى به حجة ، وكذا نص عليه
تاج الشريعة في شرحه .

(فشهور السنة كلها بالالهة لأنها) أي لأن الهة (هي الاصل) في الشهور العربية ،
فمهما كان العمل به ممكناً لا يصار إلى غيره ، قال الله تعالى ﴿ يسألونك عن الأهلة قل هي
مواقيت للناس ﴾ ١٨٩ البقرة ، والايام تدل على الهة ، وإنما يصار إلى البديل إذا تعذر
اعتبار الاصل ، وما هنا ممكن له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل .

(وإن كان) أي العقد (في أثناء الشهر) بأن وقعت الاجارة في نصف الشهر أو بعد
مضي أيام (فالكل بالايام عند أبي حنيفة رضي الله عنه) فيكون ثلاثمائة وستين يوماً ،
وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية (وهو) أي قول أبي حنيفة (رواية عن أبي
يوسف ، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول) أي الشهر الاول (بالايام والباقي
بالالهة) فيكون أحد عشر شهراً بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من
الشهر الاخير (لان الايام يصار إليها ضرورة وهي) أي الضرورة إلى اعتبار الشهر بالايام
(في الاول منها) أي في الشهر الاول من الشهور دون الباقي فلا يتعدى إلى غيره ، وبه
قال الشافعي في قول واحمد « رح » في رواية .

(وله أنه) أي ولاي حنيفة أن الشأن (متى تم الاول بالايام) أي متى تم الشهر

ابتداء الثاني بالأيام ضرورة، فكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة، وقد مر في الطلاق . قال ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام ، فأما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين ، قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن

الاول بالايام بالشهر الذي يليه (ابتداء الثاني بالايام ضرورة) أي ابتداء الشهر الثاني بالايام أيضاً ضرورة تكميله ، لانه سمى شهراً ونمامه لا يكون إلا ببعض الثاني (وهكذا إلى آخر السنة) أي هكذا يكون الحكم في الشهر الثالث والرابع إلى آخر السنة ، فعينئذ يجب اعتبار العدد دون الالهة ضرورة (ونظيره العدة) أي نظير هذا الاختلاف مسألة العدة من حيث الاعتبار بالشهور أو بالعدد (وقد مر في الطلاق) أي في أول كتاب الطلاق من الكتاب . قال السفناقي هذا حوالة غير رابحة مثل هذا الاختلاف لم يرد في الطلاق وما يتعلق به . قال الإمام الحق برهان السمرقندي ناقلة المصنف غلط صاحب النهاية ، فإن الحوالة رابحة ، لانه ذكر في أول كتاب الطلاق ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر بقية الشهور بالالهة إلى قوله وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة إلى آخره .

(قال) أي القدوري (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) خصها بالذكر لان لبعض الناس فيه خلافاً . وفي المبسوط كره بعض العلماء غلة الحجام والحمام ، أخذ بظاهر الحديث وقالوا الحمام بيت الشياطين ، ومما رسول الله ﷺ شربيت ، فإنه يكشف فيه العورات وتصب فيه الفضالات والنجاسات . ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء ، فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء . وقال القاضي الحنبلي عن أحمد انه لا يباح أجرا الحجام ، ومن كره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لقوله ﷺ كسب الحجام خبيث رواه مسلم .

(فأما الحمام فلتعارف الناس) يعني لجريان العرف بذلك بين الناس خصوصاً في ديار الترك (فلم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين) هذا إشارة إلى جواب الاستحسان ، لان القياس عدم الجواز للجهالة ، فقال فلم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين على ذلك (قال ﷺ ما رآه

وأما الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة .
ولأنه استنجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً .

المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) ذكر هذا دليلاً على أن المسلمين إذا أجمعوا على أمر يكون هذا مقبولاً ، لأن كل ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، ولكن رفع هذا الحديث إلى النبي ﷺ غير صحيح ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه رواه أحمد في مسنده حدثنا أبو بكر بن عباس حدثنا عاصم عن زيد بن حبيش عن عبد الله بن مسعود رضي عنهما قال إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه ، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيئ (١) .

ورواه البزار في مسنده والبيهقي في المدخل ، ورواه أيضاً أبو داود الطيالسي في مسنده حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله فذكره ، إلا أنه قال عوض سيء قبيح ، ومن طريق أبي داود رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد ، والطبراني في معجمه . قال ابن عبد الهادي في الكلام على أحاديث المختصر وقد أخطأ بعضهم فرفعه ، ثم قال وقد روي مرفوعاً من حديث أنس لكن إسناده ساقط .

(وأما الحجام فلما روي أنه ﷺ احتجم وأعطى الحجام الأجرة) أخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره . زاد البخاري في لفظه ولو كان حراماً لم يعطه . وفي لفظ لو علم كراهيته لم يعطه . ولمسلم ولو كان سحتاً لم يعطه . والاحاديث التي وردت في تحريمه منسوخة (ولأنه) أي ولأن الاستنجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً (كما في سائر الاجارات الصحيحة .

(١) الحديث في الاصل ناقص من آخره ، وتكملته من نصب الراية للزيلعي ،

اه مصححه .

قال ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس وهو أن يؤاجر فحلاً لينزو على
الإناث لقوله عليه السلام ان من السحت عصب التيس ، والمراد أخذ
الأجرة عليه . قال ولا الاستئجار على الأذان والحج ،

(قال) أي القدوري (ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس وهو أن يؤاجر فحلاً
لينزو على الاناث) عصب الفحل ضرابه ، يقال عصب الفحل الناقة يعصبها عصباً من باب
فعل يفعل بالفتح في الماضي والكسر في الغابر ، وفسره المصنف بقوله وهو ... إلى آخره ،
وهذا بلا خلاف بين الأئمة الأربعة . وخرج أبو المطالب الحنبلي وبعض أصحاب
الشافعي وجهان في جوازه ، لانه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه فيجوز كإجارة الظئر
للإرضاع ، والبئر للاستقاء .

وحجة الجمهور الحديث ، أشار إليه بقوله (لقوله ~~عليه السلام~~ ان من السحت عصب التيس)
الحديث صحيح ولكن بغير هذا اللفظ ، أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي
عن علي بن الحكم عن نافع عن ابن عمر عن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ نهى عن عصب
الفحل ، وهم الحاكم حيث قال بعد إخراجهم أنه على شرط البخاري ولم يخرجاه . واعجب
منه زكي الدين المنذري عزاه في مختصره للترمذي والنسائي ولم يعزه للبخاري .

وأخرج البزار في مسنده عن أشعب بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن ثمن
الكلب وعصب التيس . وعزاه عبد الحق للنسائي وليس في سننه (والمراد أخذ الأجرة
عليه) أشار به إلى تفسير الحديث ، لأن نفس العصب ليس من السحت ، وإنما المراد اخذ
الأجر عليه فالمضاف محذوف تقديره أن من السحت كرى عصب التيس .

(قال) أي القدوري (ولا الاستئجار على الأذان والحج) أي ولا يجوز ، وبه قال
أحمد وهو قول عطاء والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاؤوس والنخعي
والشعبي . وفي حاوي الحنابلة ولا يصح الاستئجار على الأذان والاقامة والإمامة وتعليم
القرآن والفقه والنيابة في الحج ، وعنه يصح ويباح أجره ، كما لو أجره أعطي لذلك شيئاً
بلا شرط ، نص عليه كالرزق من بيت المال لمن نفعه منهم متعدد ، وكالرقبة وقيل يجوز على

وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص
بها المسلم لا يجوز الاستنجار عليه عندنا ، وعند الشافعي يصح
في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استنجار على عمل معلوم غير
متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه السلام أقرؤوا القرآن
ولا تأكلوا به ،

تعليم الفقه والحديث والفرائض فقط ، ويجوز إجارة كتب العلم المباح للقراءة والنسخ .
وفي صحة إجارة المصحف وجهان ، ويباح نسخه بآجرة ، انتهى .

(وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) أى وكذا لا يجوز . قال الاترازي خلافاً
للشافعي . وقال الحاكم في الكافي ولا يجوز أن يستأجر رجل رجلاً ان يعلم ولد القرآن
والفقه والفرائض ، أو يؤمهم في رمضان ، أو يؤذن . وفي خلاصة الفتاوى تأقلا عن
الأصل لا يجوز الاستنجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والاذان والتذكير والتدريس
والحج والقر ويعني الاجر . وعند أهل المدينة يجوز وبه أخذ الشافعي وعصام وأبو نصر
والفقيه أبو الليث ، ثم قال وكذا لا يجوز . وفي الخلاصة الحيلة أن يستأجر المعلم مدة
معلومة ثم يأمره بالتعليم ، قيد بالفقه لأنه يجوز الاستنجار لأجل قراءة العلوم الادبية
كاللغة والنحو والتصريف ونحوها والعلوم الحكيمة كالطب والمعقول ونحوهما .

(والأصل) أي الأصل الذي بنى عليه حرمة الاستنجار على هذه الأشياء (أن كل
طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستنجار عليها عندنا) لأن هذه الأشياء قريبة يقع على
العامل ، قال الله تعالى ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ ٣٩ النجم ، فلا يجوز أخذ
الآجرة من غيره كالصوم والصلاة ، قيد بقوله يختص بها المسلم يعني يختص بملة الإسلام ،
لأنه إذا لم يختص بجوز كما إذا استأجر مسلم ذمياً على تعليم التوراة يجوز ، لأن تعليمها
لا يختص بملة الإسلام .

(وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استنجار على عمل معلوم غير
متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه السلام أقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به) وبه قال مالك وأحمد

وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام إلى عثمان بن أبي العاص « رض ، وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً »

في رواية وأبو ثور وأبو قلابة ، قيد بقوله ما لا يتعين ، فانه أخرج هذا الحديث أحمد في مسنده أخبرنا اسماعيل بن ابراهيم عن هشام الدستوائي حدثني يحيى بن أبي كثير عن أبي راشد الجبراني قال : قال عبدالرحمن بن شبل سمعت رسول الله ﷺ يقول اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ، ولا تجفوا عنه ، ولا تغلوا فيه ، ولا تستكثروا به . ورواه اسحاق بن راهويه وابن أبي شيبة في مصنفه وعبدالرزاق في مصنفه ومن طريق عبدالرزاق ومعد بن حميد وأبو يعلى الموصلي والطبراني

وروي هذا الحديث عن عبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة رضي الله عنهما . أما حديث عبدالرحمن فأخرجه البزار في مسنده عن حماد بن يحيى عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبيه عبد الرحمن بن عوف مرفوعاً نحوه سواء .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن عدى في الكامل عن الضحاك بن نبراس البصري عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ نحوه ، واسند عن ابن معين انه قال في الضحاك بني نبراس هذا ليس بشيء . وعن النسائي قال متروك الحديث . قوله ولا تأكلوا به أى بالقرآن مثل أن يستأجر رجلاً يقرأ على رأس قبر ، قيل هذه القراءة لا يستحق بها الثواب لا للميت ولا للقارىء ، قاله تاج الشريعة .

(وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذناً فلا يأخذ على الأذان أجراً) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة بطرق مختلفة وأبو داود والنسائي عن حماد بن سلمة عن سعيد عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عن عثمان بن أبي العاص قال : قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي ، قال أنت إمامهم ، واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً . وكذلك رواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرک وقال على شرط مسلم .

وأخرجه الترمذي وابن ماجه عن اشعث بن سوار عن الحسن بن عثمان بن أبي العاص قال إن من آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ ان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً . قال

الترمذي حديث حسن . وأخرج البخاري في تاريخه عن شابة بن سوار حدثني المغيرة ابن مسلم عن سعيد بن طهمان القصامي عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي ، قال قد فعلت ، ثم قال صل بصلاة أضعف القوم ولا تتخذ مؤذناً يأخذ على الأذان أجراً . قوله عهد معناه اوصى يقال عهدت أي أوصيت ، قال الله تعالى ﴿ أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ ﴾ ٦٠ يس ﴿ وَلَا يَنْالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ ﴾ ١٢٤ البقرة .

فإن قلت استدل الشافعي بأنه عليه السلام زوج رجلاً بما معه من القرآن ، متفق عليه . ويقول عليه السلام أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله ، حديث حسن صحيح ، وبما روى من حديث أبي سعيد الخدري قال بعثنا رسول الله ﷺ في غزوة فأتينا على رجل لدغ في جبهته فداووه فلم ينفعه .. فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذي نزلوا بكم لعله يكون عندهم شيء ينفع ، فأوتوا فقالوا أيها الرهطان سيدنا لدغ فاسمينا له كل شيء فلم ينفعه ، فهل عندكم من شيء ، فقال بعضهم نعم والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا لا نأتي حتى تجعلوا لنا جعلاً ، فصالحوهم على قطع من الغنم ، فانطلق فجعل ينقل عليه ويقول الحمد لله رب العالمين يقرأ بفاتحة الكتاب حتى يرى فكأنما نشط من هناك فقام يمشي فوقهم جملهم ، فقال بعضهم اقسوا ، فقال الذي كره ذلك وقال لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ فتذكروا له الذي كان فننظر ما يأمرنا به فدخلوا على رسول الله ﷺ فذكروا ذلك فقال أصبتم ، اقسوا واضربوا لي معكم بسهم .

قلت الجواب عن الاول انه ليس فيه تصريح بان التعليم صداق ، إنما قال زوجته بما معك من القرآن فيحتمل انه زوجها إياه بغير صداق إكراماً له وتعظيماً للقرآن كما روى أنس انه عليه السلام زوج أم سليم أبا طلحة على إسلامه وسكت عن المهر لانه معلوم أنه لا بد منه ، لان الفروج لا تستباح إلا بالاموال لقوله تعالى ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ ولذكره تعالى في النكاح الطول وهو المال ، والقرآن ليس بمال . ويجوز أن تكون الباء مكان اللام ، أي لما معك من القرآن ، لان ذلك سبب الاجتماع بينهما ، ولعل المرأة وهبت مهرها له باعتبار ذلك .

ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، وهنا تعتبر أهليته ، فلا
يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة . ولأن التعليم مما
لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم ، فيكون ملتزماً ما لا
يقدر على تسليمه فلا يصح .

وعن الثاني المراد منه الجمالة في الرقية ، لأن ذكر ذلك في سياق حديث الرقية وهو
الحديث الذي ذكرناه آنفاً عن أبي سعيد الخدري ، والرقية نوع مداواة ، والمأخوذ عليها
جعل ، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها ، وبهذا أخرج الجواب عن الحديث الثاني . وقال
ابن الجوزي قد أجاب أصحابنا عن هذين الحديثين بثلاثة أجوبة ، أحدها : أن القوم
كانوا كفاراً فجاز أخذ أموالهم ، والثاني : أن حق التضييف واجب ولم يضيفوهم ،
والثالث : أن الرقية ليست بقربة محضة فجاز أخذ الأجرة عليها . وقال القرطبي في شرح
مسلم ولا نسلم أن جواز الأجر في الرقي يدل على جواز التعليم بالأجر ، والحديث إنما هو
في الرقية .

(ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، وهنا تعتبر أهليته) أى أهلية العامل
ويشترط نيته لا نية الأمر ، ولو انتقل فعل المأمور إلى الأمر بشرط أهليته ونيته كما في
الزكاة ، حتى لو كان المأمور كافراً يصح أداء الزكاة ، لأن المؤدى هو الأمرى هنا بخلافه
(فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة) أي كما لا يجوز الاستئجار وأخذ
الأجر في الصوم والصلاة بلا خلاف .

(ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه) بكسر اللام ، عليه أي على التعليم (إلا بمعنى
من قبل المتعلم) لأن المعلم يلقن الصبي وهو يتلقن بفهمه الثاقب ، ويتعلم بذهنه الرائق
وهذا يتفاوت بين الصبيان في التعليم وإن كان التعليم واحداً . وفي بعض النسخ من قبل
المعلم بفتح اللام المشدودة (فيكون) أى المعلم الذي يوجد نفسه لتعالم القرآن (ملتزماً
ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) والتسليم شرط في الإجارة فيفسد بعدمه . وقوله ما
لا يتقدر مفعول لقوله ملتزماً الإبقاء فلا يصح في النتيجة .

وبعض مشايخنا « رح » استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن
اليوم ، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع يضيع
حفظ القرآن وعليه الفتوى .

(وبعض مشايخنا) وهم ائمة بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن
اليوم لظهور التواني) أى الفتور والكسل (في الأمور الدينية ، ففي الامتناع يضيع حفظ
القرآن) لأن المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليم حسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة
الإحسان بالإحسان بلا شرط وقد زال ذلك في هذا الزمان في الامتناع عنه تضييع حفظ
القرآن وقد تغير الجواب باختلاف الزمان ففي ذلك إذا ضربوا مدة لذلك ، حتى يجبر
الأب على دفع الأجر إلى المعلم وإن لم تضرب المدة بحسب أجر المثل ، ويجبر على دفعه .
وكذا يجبر على الخاتمة المرسومة . وقال الإمام الخيزاخزى يجوز في ثمانتنا للإمام
والمؤذن والمعلم أخذ الأجر ، كذا في الروضة والذخيرة .

فائدة : الخيزاخزى بفتح الحاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الزاي
المعجمة والحاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة إلى قرية خيزا اخز من قرى بخارى واسمه
عبدالله بن الفضل كان مفتي بخارى ولم يقع لي تاريخ وفاته .

(وعليه الفتوى) أي على استحسان مشايخ بلخ رحمهم الله . قال في تمة الفتاوى
الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز ، كالأستجار لتعليم القرآن . وفي الاستئجار لتعليم الحرف
روايتان في رواية المبسوط يجوز . وفي رواية القدوري لا يجوز . وذكر السرخسي
مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن . فنحن
ايضاً نفتي بالجواز ، انتهى . ثم قال فيما استأجر انساناً ليعلم غلامه أو ولده شعراً أو ادباً
أو حرفة مثل الحياطة ونحوها فالكل سواء إن بين المدة بأن استأجره شهراً ليعلمه هذا
العلم يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة ، حتى تستحق الأجرة فعلم أو لم يتعلم إذا
سلم الاستاذ نفسه لذلك ، أما إذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسداً ، حتى لو علم استحق
اجر المثل وإلا فلا ، وكذلك تعلم سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ، ولو
شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز ، لأن التحذيق ليس في وسع المعلم .

قال ولا يجوز الإستنجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي ،
لأنه استنجار على المعصية لا تستحق بالعقد . قال ولا يجوز إجارة
المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك . وقال إجارة المشاع جائزة

(قال) أى القدوري رحمه الله (ولا يجوز الاستنجار على الغناء) بكسر الغين
وبالمد وبالكسر مع القصر اسم اليسار ، وبالفتح مع القصر الإقامة ، ومع المد الكفاية .
أما الأول من غني بالتشديد غناء . وأما الثاني من غنى يغني من باب علم يعلم غنى فهو
غني ، وأما الثالث من غني بالمكان أي أقام ، وهو أيضاً من الباب المذكور ، وأما الرابع
من قولهم ما يغني عنك هذا أي ينفعك (والنوح) البكاء ورفع الصوت (وكذا سائر
الملاهي) كالزمار والطبل وغيرهما ، وبه قالت الثلاثة وأبو ثور . وقال الشافعي والنخعي
نكير ذلك ويجوز ، أما الاستنجار لكاتب يكتب له غناء ونوحاً يجوز عند أبي حنيفة
رضى الله عنه خلافاً لهما والثلاثة ، وعلى هذا الخلاف الاستنجار على حمل الحجر .

(لأنه استنجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) إذ لا يستحق على أخذ شيء
يكون به عاصياً شرعاً . وقال شيخ الإسلام الأسبجاني في شرح الكافي ولا تجوز الإجارة
على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شيء من اللهو ، ولا على الحداء وقراءة
الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لأنه
معصية وهو ولعب .

(قال) أى القدوري (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله إلا من
الشريك) وبه قال زفر وأحمد رحمهما الله تعالى فيما يقسم بالأرض ، وفيما لا يقسم كالعبد .
(وقال إجارة المشاع جائزة) وبه قال الشافعي ومالك . وقال الكرخي في مختصره
ولا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر ، إلا أن
يكون المستأجر شريكاً في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة
واحدة في قول أبي حنيفة ، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله في رجلين أجرا داراً لهما
من رجل فهو جائز ، وإن مات أحد المؤجرين بطلب الإجارة ، وفي نصيب الحي صحبة

وصورته أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير
الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ، ولهذا يجب أجر المثل والتسليم
ممكن بالتخلية أو بالنهايؤ ،

على حالها ولا يجوز ايضاً عند أبي حنيفة رحمه الله أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا
من أرض جريباً أو جريبين إذا كانت اكثر من ذلك .

وفي شرح الطحاوي إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع ، ومن غير شريكه
لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز . وبيع المشاع يجوز من غير شريكه جائز
بالإجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل ، ورهن المشاع من شريكه أو من غير
شريكه سواء كان يحتمل القسمة أو لا يجوز . وعند الشافعي يجوز . وهبة المشاع فيها
لا يحتمل القسمة جائز ، وفيها لا يحتمل لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يجوز .
وقرض المشاع جائز بالإجماع . وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعاً كان
أو غيره ، وعندهما يجوز الوقف ، ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز
وعندهما باطل .

(وصورته) أى صورة عقد إجارة المشاع (أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من
دار مشتركة من غير الشريك) أو يؤاجر نصف عبد أو نصف دابة من غير الشريك .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن للمشاع منفعة) يعني فيجوز لأن موجب الإجارة
تلك المنفعة (ولهذا يجب أجر المثل) أي ولكون المشاع له منفعة يجب أجر المثل عند
أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها ، ولو كان فائت المنفعة لما انعقد أصلاً إذا استأجر
أرضاً سبخة (والتسليم ممكن بالتخلية) جواب عما يقال إنه إجارة ما لا يقدر على
تسليمه ، فاجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار
وخلى بينها وبين المستأجر (أو بالنهايؤ) هو تفاعل من التهينة ، يقال ها يأت زيدا
وتهاياً القوم وهو ان يتواضعوا على أمر فيتراضوا به ، وحقيقته ان يرضى كل واحد منهما
بجمالة واحدة ويختارها .

فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة « رح » انه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور ، والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا تمكن في المشاع

(فصار كما إذا أجر من شريكه) فلو كان الشيوع مانعاً لما جاز من شريكه كالهبة (أو من رجلين) أى او كما إذا أجر من رجلين فانه يجوز ، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعاً ، وكذا لو أجر نصف داره شائعاً يجوز (وصار كالبيع) أي فصار حكم التخلية هنا كحكم التخلية في البيع من حيث ان التخلية تسليم فيه .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه انه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز) هذا إما معاوضة وإما ممانعة ، فتقرير الأول انه أجر ما لا يقدر على تسليمه ، لأن تسليم المشاع وجد سواء كان محتتمل القسمة كالدار ولا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الإنتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون هذا دليلاً مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم . وتقرير الثانية أن يقال لا نسلم انتفاء المانع فإنه أجر ما لا يقدر على تسليمه وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة (وهذا) توضيح لكون إجارة المشاع إعارة ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور) فلا يتصور استيفاء المنفعة ، لأن الإنتفاع أمر حسي والشائع لا يحتمله .

(والتخلية اعتبرت تسليمياً) جواباً عما قالوا والتسليم ممكن بالتخلية . ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليمياً لذاتها ، حيث اعتبرت ، بل لكونها تمكيناً ، وهو معنى قوله (لوقوعه تمكيناً) أي لوقوع التخلية تمكيناً من القبض وتذكير الضمير على تأويل رفع الموانع (وهو) أي التمكين (الفعل الذي يحصل به التمكين) من الإنتفاع حسناً (ولا تمكن في المشاع) لأنه معدوم فيه ، فالحاصل أن التخلية كأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكين ، والتمكين في المشاع غير حاصل ففات المعلول . وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة .

بخلاف البيع لحصول التمكّن فيه . وأما التهاؤ فإنما يستحق حكماً
للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط
العقد ، وشرط الشيء يسبقه ، ولا يعتبر المتراخي سابقاً . وأما إذا
أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ .

(بخلاف البيع لحصول التمكّن فيه) لأن المقصود به ليس الإنتفاع بل الرقبة ، ولهذا
جاز بيع الجحش فكان التمكّن بالتخلية فيه حاصلًا .

(وأما التهاؤ) جواب عن قولها أو بالتهاؤ . وحاصله أن التهاؤ من أحكام العقد
بواسطة الملك ، وهو معنى قوله (فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك) يعني حكماً
لثبوت الملك (وحكم العقد يعقبه) أي يعقب العقد ، لأن حكم الشيء هو الأثر الثابت بعد
الضرورة يتأخر عنه (والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه) أي سبق
الشيء لتوقف وجود المشروط على وجود الشرط ، فالتوقف عليه سابق لا محالة (ولا
يعتبر المتراخي سابقاً) وهو التهاؤ ، لأنه حكم ، فمضى اعتبر سابقاً يلزم قلب الحكم
شرطاً ، وهذا لا يجوز .

(أما إذا أجر من شريكه) جواب عن قولها فصار كما إذا أجر من شريكه . ووجهه
أنه إذا أجره من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) يعني أن البعض له بحكم
الملك ، والبعض بحكم الإجارة ، وكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوخ حينئذ . قيل
لو لم يكن فيه الشيوخ لجاز الهبة والرهن من الشريك ، لكنه لم يجوز . وأجيب بأن المراد
بأن لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه ، فالمنفي شيوخ موصوف ، ويجوز أن
يكون الشيوخ مانعاً فحكم باعتبار دون آخر ، فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض ،
فإن القبض التام لا يحصل في الشائع ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو المنفعة ،
وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك . والتحقيق في هذا الموضع أن الشيوخ
إما في العين أو في المنفعة ، فإن كان في العين فقد منع من الهبة والرهن دون التسليم في
الإجارة ، وإن كان في المنفعة فقد منع عن التسليم فيها إن كان ابتداء وإن كان طارئاً لم
يمنع ، فافهم .

والإختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه .
وبخلاف الشيوع الطارىء لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء .
وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة

(والإختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ،
لكن مع اختلاف النسبة ، لأن الشريك ينتفع بنسبة الملك بنصيب شريكه بالاستئجار
فيكون الشيوع موجوداً . فأجاب بأن الاختلاف في النسبة لا يضره ، أي لا يضر كون
حدوث كل الانتفاع على ملكه ، لأنه لا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد الحكم (على
انه لا يصح) أي على أن عقد إجارة المشاع من شريكه أيضاً لا يصح (في رواية الحسن
عنه) أي عن أبي حنيفة . وذكر القدوري في التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر
بطلان العقد في الجميع يعني إجارة المشاع من الشريك وغيره .

(وبخلاف الشيوع الطارىء) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه يبقى
الاجارة في نصيب الحي شائعاً في ظاهر الرواية ، وذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن
أبي حنيفة أنه يفسد في حق الحي . وقال صاحب العناية قوله وبخلاف الشيوع الطارىء
ليس له تعلق ظاهر ، أراد أن ذكره ها هنا غير مناسب وليس كذلك ، بل تعلقه ظاهر
لأنها أجازا إجارة المشاع قياساً على ما إذا أجر داره من رجلين ثم مات أحدهما ، فإنه
يبقى الاجارة مع أن فيها الشيوع ، كما إذا ذكرنا لا يقال على هذا يكون قوله وبخلاف ما
إذا أجر من رجلين تكراراً ، لأن قوله وبخلاف الشيوع الطارىء مثل أصل قاعدة .
وقوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين من الفروع المبنية على هذا الأصل ، فلا تكرار في
ذكر الأصل من الفرع . وإنما التكرار يكون إذا كانا رجلين متحدين أو فرعين متحدين
(لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء) عند الابتداء ، كما أن تكبير الافتتاح شرط
لابتداء الصلاة وليس بشرط للبقاء .

(وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة) لأن العقد أضيف إلى كل
الدار ، ولا شيوع فيه ، لأن كل واحد منها يستوفي منافعتها على ملك المؤجر ويخرج من

ثم الشيوخ بتفرق الملك فيما بينهما طارىء . قال ويجوز استئجار
الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ ﴾ ٦ الطلاق ، ولأن التعامل به كان جارياً على عهد
رسول الله ﷺ

ملكه جملة (ثم الشيوخ) الحاصل (بتفرق الملك فيما بينهما طارىء) يعني بعد ثبوت
الملك لهما ، فيتحقق بعد العقد ، فيكون طارئاً .

فان قيل لا نسلم أنه طارىء بل هو مقارن ، لأنها تنمقد ساعة فساعة . أوجب بأن
بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم ، فلا يكون مقارناً . قيل هذا
الجواب فاسد ، لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم
في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء ذو بقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول لا بقاء
للعقد فيها . والصواب أن يقال الطرآن إنما يكون على التسليم لا على العقد ، وذلك مما
لا شك فيه .

فان قلت ينبغي أن تجوز الهبة في اثنتين ، لأن الشيوخ الطارىء فيها لا يمنع أيضاً .
قلت عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز ثبوته لعل أخرى ، وهنا لم يوجد قران الشيوخ
في الهبة ، ولكن وجد مانع آخر وهو عدم إمكان القبض إلا في ضمن قبض نصيب
الآخر ، والضمني كالعدم . والقبض منصوص عليه في الهبة فاعتبر كماله ، والكمال مع
كونه ضمناً لا يتصور .

(قال) أي القدوري (ويجوز استئجار الظئر) بكسر الظاء المعجمة وسكون
الهمزة وهي المرضعة (بأجرة معلومة) قيد به لأن الأجرة إذا كانت مجهولة لا تصح (قال
الله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ٦ الطلاق) المراد بعد الطلاق ، أي
فان أرضعن أولادكم لاجلكنم فأعطوهن أجورهن ، أمر بابتساء أجورهن فيكون دليلاً
على جواز إجارة الظئر ، يعني إذا لم يتطوعن .

(ولأن التعامل به) أي باستئجار الظئر (كان جارياً في عهد رسول الله ﷺ) أي

وقبله وأقرم عليه . ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به ، واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر ، والأول أقرب إلى الفقه ، لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً ، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها

في زمانه (وقبله) أي قبل عهده (وأقرم عليه) أي على التعامل به ، وتقريرم عليه تشريع لهم بذلك (ثم قيل) قائله صاحب الايضاح وصاحب الذخيرة وبعض أصحاب أحمد والشافعي (إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به) أي بأمره (واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب) فيكون كالاستئجار على الخدمة .

(وقيل) أي قائله شمس الأئمة السرخسي (إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة) قال شمس الأئمة في المبسوط والأصح أن العقد يرد على اللبن ، لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع (ولهذا) توضيح لما ذهب إليه شمس الأئمة (لو أرضعته) أي لو أرضعت الظئر الصغير (بلبن شاة لا تستحق الأجر) فدل أن اللبن غير تابع بل معقود عليه (والأول أقرب إلى الفقه) أشار بهذا إلى انه اختار هذا القول ، أي القول الاول أقرب إلى الأصول (لان عقد الاجارة لا ينعقد على إتلاف الاعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها) فانه لا يجوز ، واختار حافظ الدين أيضاً هذا القول حيث قال في الكافي والصحيح هو الاول .

وقال السفناقي قال شمس الأئمة في المبسوط وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه . وأما اللبن فيمنع فيه ، لان اللبن عين والمعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام . ثم قال والأصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ، والمقصود عليه ما هو

المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، هكذا ذكر ابن سبابة عن محمد رحمه الله ، فانه قال استحقاق لبن الأدمية بمقدار الإجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه . وقد ذكر في الكتاب أنها لو ربت الصبي بلبن الأنعام لا تستحق الاجر وقد قامت بمصلحه ، فلو كان اللبن تبعاً ولم يكن البدل مقابله لا يستوجب الاجر .

ثم قال السفناقي عجباً لمن تبع بعد هذا الإمام الكبير وبعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله رأى من خالفه وليس هذا إلا تقليد صرف . وقال صاحب العناية الدليل ليس بواضح ، لأن مدار قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور وسائط منها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغني عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تثبت له بما روى ابن سبابة عن محمد « رح » لأنه ليس بظاهر الرواية . ولئن كان فنحن بمعنى أن يستحق بمقدار الإجارة وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك .

قلت قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه ، لأن الأعيان تحدث شيئاً فشيئاً من يقح أصلها بمنزلة المنافع فتجوز إيجارها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يردّه ، والعارية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردّها ، والمتخذ لمن يشرب لبن الشاة ثم يردّها ، وإجارة الظئر ثابتة بنص القرآن الموافق للقياس الصحيح ، فيجب أن يكون أصلاً يقاس عليها إجارة الشجر كشمريها وإجارة البقر للبنا والشاة ونحوها لا أن تجعل إجارة البقر يشرب لبنها باطلة ويقاس عليها إجارة الظئر كما ذكره المصنف .

وقد نص مالك على جواز إجارة الحيوان مدة لبنه ، ثم من أصحابه من جوز ذلك مطلقاً تبعاً لنصه ، ومنهم من منعه ، ومنهم من شرط فيه شروطاً ، وقد ورد عن عمر رضي الله عنه انه ضمن حديقة سيد بن حظير ثلاث سنين ، وهذا يشهد من الصحابة ولم يرد

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى . وإذا ثبت
ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة

أن أحداً منهم أنكره عليه . وجوز ذلك بعض اصحاب أحمد ، وجوز مالك ذلك تبعاً
للارض قدر الثلث ولا شك ان المقصود من الظئر انما هو اللبن والحمل والخدمة فتبع .
وإذا قيل أن الخدمة هي الأصل كان ذلك قلب الموضع ، ونظير ذلك ما قيل في الحمام
وان الأجرة في مقابلة العقود في الحمام ، وإن استعمال الماء الجارى فيه تبع ، وهذا قلب
الموضوع ايضاً ، بل الحق أن استئجار الظئر إنما هو لارضاع الولد بلبنها على جاري العادة
في ذلك ، وإن حمله وإقامه الثدى ونحو ذلك تبع غير مقصود بالقصد الأول . ومن كابر
في ذلك كان بمنزلة المكابر في الحسيات ، وكذلك دخول الحمام إنما هو المقصود فيه بالقصد
الأول استعمال مائه ، وكيف يقول صاحب العناية بل المقصود هو الإرضاع إلى آخره
حيث يحمل اللبن مع كونه أصلاً ومقصوداً بالذات فرعاً وجزءاً من جملة الأمور والوسائل
التي يتعلق بها انتظام أمر الصبي ، وكيف يقول لما روى ابن سماعة عن محمد غير ظاهر
الرواية ، وهو من كبار اصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين
وكان يصلي كل يوم مائة ركعة .

(وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى) أراد به الجواب عن قول
أهل المقالة الثانية حيث قالوا ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر وسيأتي ذلك
قريباً من صفحة بقوله لأنها لم تأت بعمل فتستحق عليها (وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من
جواز الاجارة بأحد الطريقين (يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على
الخدمة) يعني أن الاجارة لما جازت باعتبار الخدمة فتعتبر باستئجار العبد للخدمة ، فكل
ما جاز ثمة يجوز هنا ، وكل ما لا يجوز ثمة لا يجوز هنا ، غير أي جواز استئجار الظئر
بالطعام والكسرة باعتبار أنها لا تفضى إلى المنازعة . قيل هذا تكرار لأنه قد علم من أول
المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فلم يقع هذا التكرار . أجب انه أثبت أولاً
جوازها بالكتاب والسنة ثم رجع إلى اثباتها بالقياس . ويجوز ان يكون توطئة لقوله
ويجوز بطعامها وكسوتها ، يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجازات وبطعامها

قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة .
وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز
والطبخ . وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لان في العادة التوسعة
على الاطآر شفقة على الاولاد ، فصار كبيع قفيز من صبرة .
بخلاف الخبز والطبخ ، لان الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة .

وكسوتها أيضاً ، والأصوب أن يجاب بما قلنا آتفاً ، يعني غرضه من هذا أن يبين أن
استئجار الظئر كاستئجار العبد على الخدمة ، فكل ما جاز هناك يجوز هنا والعكس
أيضاً مع اعتبار أمر آخر هنا كما ذكرناه .

(قال) أي القدوري (ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة) وبه
قال مالك وأحمد في حاوى الحنابلة . ويصح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها ولها
الوسط ، ومع النزاع كإطعام الكفارة .

(وقالوا لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة) لأن الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة ،
وكذا الكسوة ، وبه قال الشافعي . وفي شرح الكافي قال أبو يوسف ومحمد إن سموا لها
طول كل ثوب وعرضه ورفعته وضربوا لذلك أجلاً فهو جائز ، وكذلك الطعام إن سموا
لها كل يوم كيلاً من الدقيق فهو جائز ، وإنما وجب لها الوسط من الطعام والكسوة إذا لم
يوصف عند أبي حنيفة ، لأن البديل إذا ثبت في الذمة مطلقاً وجب مطلقاً منه كالمهر
والدية (فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ) يعني كما استأجر امرأة للخبز له كل يوم
عشرة امناء وتطبخ له عشرة أرطال من اللحم مثلاً ، وتكون الأجرة الطعام والكسوة فإنه
لا يجوز ، وهذا يلزم مالكا وأحمد فانها يخيزان ذلك .

(وله أن الجهالة) أي الجهالة المذكورة (لا تفضي إلى المنازعة ، لأن في العادة التوسعة
على الاطآر شفقة على الاولاد) والجري على موجب مرادهم ولا يمنع إلا الجهالة المفضية
إلى المنازعة ، والاطآر على وزن افعال جمع ظئر (فصار كبيع قفيز من صبرة) فانه
يجوز وللبنائع أن يعطي من أى جانب شاء ، لانها جهالة لا تفضي إلى المنازعة (بخلاف

وفي الجامع الصغير فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذروعها فهو جائز ، يعني بالاجماع . ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها ، وهذا لا جهالة فيه ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا ، ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان ، ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل

الخبز والطبخ ، لان الجهالة فيه تقضى إلى المنازعة (فلذلك لا يجوز .
(وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها) أى أجل الكسوة ، أراد به وقت العطاء (وذروعها فهو جائز يعني بالإجماع) ذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجعلاً عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار (ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها) أى مكان المسمى من الدراهم (وهذا لا جهالة فيه) أى جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه . قال السفناقي هذا تفسير الذي ذكره لا استفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطي الطعام بأن الدراهم المسماة ، لانه ذكر في الجامع الصغير لفخر الإسلام ، أما إذا سمي الطعام دراهم ، فان معناه أن يجعل الدراهم به فلا شك في جوازه ثم يستبدل به طعاماً فيصح لو زيد في كلام المصنف بعد قوله أن يجعل الاجرة دراهم لفظة بدلاً استفاد المعنى الذي قاله السفناقي (ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا) أشار به إلى قوله لا جهالة فيه .

(ولا يشترط تأجيله) أى تأجيل الطعام المسمى أجرة ، (لان أوصافها) أى أوصاف الطعام والتأنيث بتأويل الخنطة (اثمان) أراد أن المكيل والموزون إذا كان موصوفاً غير مشار ثم بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الاجل كما في سائر الاثمان ، وهذا احترازاً عن الطعام إذا كان مسلماً فيه فان الطعام فيه مبيع مع كونه ديناً فاشترط تأجيله (ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة) إن كان له حمل ومؤنة (خلافاً لهما ، وقد

أيضاً مع بيان القدر والجنس ، لانه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم . قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه ،

ذكرناه في البيوع) أى في باب السلم (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضاً) يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الاجل (مع بيان القدر والجنس) لان وجوب الثياب ديناً في الذمة عرف شرعاً ، بخلاف القياس ، فيقتصر على مورده ، والشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم (لانه) أى لان وجوب الكسوة (إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم) وفي بعض النسخ انما صار مبيعاً والمعنى فهم مما ذكرنا آنفاً .

(قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها) أى زوج الظئر (من وطئها ، لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن) أى المستأجر (من إبطال حقه) وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك ليس له وطئها إلا برضى المستأجر ، لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل . قلنا الوطء حق مستحق له قبل العقد بعقد النكاح وهو باق ، فلا يسقط بأمر موم .

(ألا ترى) توضيح لما سبقه (أن له) أى لزوج الظئر (أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به) أى بعقد الإجارة (صيانة لحقه) أى لحق الزوج ، وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي في وجه لا يصلح العقد بغير رضاه وبه قال أحمد « رح » . ولو زوج بعد عقد الإجارة له الفسخ بالإجماع . وقيل إن كان الزوج ممن يشبه أن تكون امرأة ظئراً فله الفسخ لدفع الضرر عنه وإلا لا . والأصح أنه له ذلك مطلقاً ، وهذا كان زوجها معروفاً وكان مجهولاً لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها فليس له الفسخ ، لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في المستأجر لأنه يمكن منه المواضعة مع هذا الرجل ، وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها لا يصدق في إبطال النكاح .

إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه . فإن
حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ،
لأن لبن الحامل يفسد الصبي ، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً
وعليها أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها .

(إلا أن المستأجر يمنعه) أي يمنع زوج المرضعة (عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل
حقه) فلا يدخل إلا بإذنه (فإن حبلت) أي الظئر (كان لهم) أي لأهل الصغير (أن
يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان
لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً) وكذا إذا كانت سارقة يخاف منها على المتاع . وكذا إذا
تقياً الصبي لبنها . وكذا إذا كانت فاجرة بيناً فجورها ، بخلاف ما إذا كانت كافرة حيث
لا تفسخ ، لأن كفرها في اعتقادها ولا يضر بالصبي . وكذا إذا أرادوا السفر فتأبى
الخروج معهم فهو عذر .

وأما عذرهما فمرض يصيبها لا تستطيع معه الإرضاع ، وكذا إذا لم تكن معروفة
بالظئرة فلها أن تفسخ . وكذا إذا لم يكفوا عن إيصائها بسنتهم كان لها الفسخ ، كذا في
المبسوط . ولو استأجر امرأته لارضاع ولده منها لا يجب الأجر ، وبه قال الشافعي
والقاضي الحنبلي . وقال مالك وأحمد يجوز . قلنا هذا يجب عليه ديانة وإن كانت لا تجبر
على ذلك ، كما لو استأجرها لكنس البيت أو الطبخ أو الغسل أو غير ذلك . وفي المبسوط
ولو استأجرها لارضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في روايتي ابن رستم عن محمد ،
ويكون لها الأجرة في مال الولد . ولو استأجرها لارضاع ولده من غيرها لا يجوز بلا
خلاف وكان لها الأجر . ولو استأجر خادماً لترضع ولد منها لا يجب الأجر . ولو
استأجر مكاتبها جاز . ولو أرضعت خادمة الظئر الصبي فلها الأجر لأنه لم يشترط
الارضاع بنفسها ، كذا في الذخيرة . وقال أحمد وأبو ثور لا أجر لها كما لو اشترى لبن الغنم ،
ويجوز استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذا سائر أقاربه بلا خلاف .

(وعليها) أي على الظئر (أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها) أي العمل
الراجع إلى منفعة الصبي على الظئر .

والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن . أما الطعام فعلى والد الولد . وما ذكر محمد «رح» أن الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة . وإن

(والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب) أراد أن الأصل في الإجارة إذا وقعت على العمل فيما كانت من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف (فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن) وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي «رح» في وجه لا يلزمها . قال تاج الشريعة أراد غسل الثياب عن البول والغائط لا عن الدرن والوسخ (أما الطعام على والد الولد) أراد طعام الصبي (وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة) لأن في توابع المقصود يرجع إلى العادة ، ولهذا قالوا فيمن استأجر فيمن فالزنبيل واللبن على صاحب اللبن للعرف ، وإن كان العرف في بلد على خلافهم يؤخذ به . وقالوا في الخياط الخيط عليه ، وحط التراب على القبر على الحافر إن كان في بلد يتعاملون به .

وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس إخراج المرق عليه ، فإن طبخ قدراً خاصة فليس عليه ، وهذا مبني على العادة . وإدخال الحمل المنزل فيما إذا تكرار الدابة فعلى ما يفعله الناس . فأما الصعود به على السطح أو الغرفة فليس عليه إلا إذا شرط . ولو كان حملاً على ظهره فيجب عليه الإدخال وليس عليه الصعود به للعرف ، وأراد بالدهن الزيت غالباً ، لأن الصغير لا بد من دهنه بالزيت أحياناً وإن كان يتناول غيره من الأدهان . وأراد بالريحان الآس ، وهو الذي يقال له المرسين بلغة أهل مصر ، فإن كان الصغير لا يستغنى عنه البتة ... ، والريحان اسم لكل نبت طيبة الريح .

(وإذا^(١) أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) وبه قالت الثلاثة (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فإن هذا إيجاب ولبس بارضاع) هذا هو المذر الموعود قبله بقوله

(١) وإن - هامش .

أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لأنها لم تأت بعمل مستحق
عليها وهو الارضاع ، فإن هذا إيجار وليس يارضاع وإنما لم يجب
الاجر لهذا فإن المعنى انه اختلف العمل

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة . وقال صاحب العناية وهذا دليل ظاهر على ما
قدمنا ، فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبي
بلبن الظئر في المدة لم يستحق الأجرة ، فعمل بهذا أن المعقود عليه الارضاع والعمل دون
العين وهو اللبن . قلت قد مر الجواب عن هذا على أن السفناني قال يجوز أن يكون هذا
الحكم غير مسلم عند شمس الأئمة رحمه الله . قوله إيجار مصدر أوجرته إذا صببت في
وسط فمه دواء . وكذا وجرته . والوجور بفتح الواو اسم لتلك الدواء .

فإن قلت الظئر أجير خاص أو أجير مشترك . قلت دل كلام مصنف المبسوط أنها
أجير خاص ، حيث قال لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فسمات أو سرق الصبي أو من
متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر ، لأنها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعتها
في المدة . ألا ترى أنها ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، والاجير
الخاص أمين فيما في يده . ودل كلام صاحب الذخيرة أنها تجوز أن تكون خاصاً وأن
يكون مشتركاً ، فإنها لو أوجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل
واحد منها وقوعت أثمت ، وهذا جنابة منها ولها الاجر كاملاً على للفريقين وهذا يدل
على أنها تحتملها فاعتبار أنها تستحق الأجر منها كاملاً كالاجير المشترك ، وباعتبار أنها
أثمت لما فعلت كالاجير الخاص ، وفيه نظر لا يخفى .

وقال علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي المسائل متعارضة في هذا الباب بعضها
يدل على أنها في معنى أجير الواحد ، وبعضها يدل على انها في معنى الاجير المشترك ،
والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك . وإن حملها إلى منزله فهي
أجيرة واحد . وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها أن تؤجر
نفسها من غير الاولين (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع ، فإن هذا إيجار وليس
بارضاع وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى) وهو المعنى الذي ذكره من قوله لأنها لم تأت بعمل
مستحق عليها ... إلى آخره (انه اختلف العمل) بفتح همزة أن لأنها بدل من المعنى في

قال ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله

بعض النسخ وهو أنه في بعضها لانه والصحيح الذي ضبطه مشايخنا هو الاول . وقال
الاسيبجاني في شرح الكافي ولو استأجر ظئراً ترضع صبيّاً في بيتها فجعلت تؤجر بلبن
الغنم وتغذوه بكل ما تصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو
ليس لها لبن فلا أجر لها لانها لم ترضعه . فإن جعدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول
قولها مع بينها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها ، لانها أقوى . وإن أقاما
جميعاً البينة أخذت بينها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه ، فإن استأجرت له ظئراً
فأرضعته كان مثل هذا في القياس ، ولكن استحسن أن يكون لها الاجر .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف) فالاجارة
فاسدة فلذلك قال (فله أجر مثله) أي فللحائك أجر مثله ، لان هذا حكم الاجارة
الفاصلة . وفي المبسوط حكى الحلواني عن استاذه أبي علي النسفي أنه كان يفتي بجواب
دفع الثوب إلى الحائك لينسجه بالنصف في دياره بنصف ، لان فيه عرفاً ظاهراً ، وكذا
مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة من الثياب للتأمل والقياس قد يتركه بالتعامل كما
في الاستصناع . قال والاصح عندي أن ما ذكره في الكتاب أصح ، لان هذا في معنى
قفيز الطحان على ما يجيء عن قريب .

وقالوا في شرح الجامع وكذلك إذا استأجر حماراً ورجلاً يحمل طعاماً بقفيز منه
محمولاً فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل ، وقال الفقيه أبو الليث هذا قول المتقدمين ،
ولان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة . وفي خلاصة الفتاوى
رجل دفع إلى حائك غزلاً وأمره بأن ينسج له ثوباً وبين صفته على أن ربهه أو ثلثه
للحائك أجرأ لعمله لم يجز ، وكان القاضي الامام أبو علي النسفي يفتي بجوازه وينسف
بحكم العرف . قال والفتوى على جواب الكتاب . وفي صحيح البخاري قال ابراهيم
وابن شيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة رحمه الله لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث
والربع ونحوه .

قال صاحب العناية فإن قيل إذا كان عرف دياره على ذلك فهل يترك به القياس .

قيل لا لأنه في معناه من كل وجه ، يعني في معنى قفيز الطحان بالعرف . قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه ، انتهى . قلت قال تاج الشريعة كان تجويز هذه يعني بها بالإجارة التي أفتى بها مشايخ بلخ وأبو علي النسفي بطريق تخصيص دلالة النص الذي يحوك الثوب ببعضه ، غير أن الحاكم نظيره فيكون النص أراد فيه دلالة ، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك علمنا في قفيز الطحان كان تخصيصاً لدلالة النص لا تركاً للنص أصلاً ، انتهى . فهذا صريح أن دلالة النص تخص ، والتخصيص لا يكون إلا في العموم ، على أنا نقول إن هذا الحديث الذي يتمسكون تارة بعمومه وتارة بخصوصه غير صحيح .

قال ابن قدامة في المغني وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته . وقال الشيخ شمس الدين القيم هذا الحديث لا يثبت بوجه ، مع أن لفظ الحديث نهى عن عصب الفعل وعن قفيز الطحان على ما نبينه عن قريب . وقوله نهى مبني لما لم يسم فاعله ، ولا يلزم أن يكون الناهي هو رسول الله ﷺ ، وأي فرق بين أن يستأجره ليطحن له حنطة بقفيز حنطة أو بقفيز من طحين غيرها ، بل هذا فرق صوري لأننا ننزله ولا يتعلق بذلك مفسدة قط لا جهالة ولا ربا ولا عذر ولا منازعة ولا ضرر . وأي غرر أو مفسدة في أن يدفع إليه غزله لينسجه ثوباً بذراع ، أو زيتوناً لعصرها زيتاً يحجز معلوم منه وأمثال ذلك مما هو مصلحة للمتعاقدين فقد لا يكون معه أجرة سوى ذلك الغزل أو الحب ، ويكون الأجر محتاجاً إليه وقد تراضيا بذلك فجوزناه .

وقال القياس وحاجة الناس وهو قول عطاء والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم وقتادة وأحمد وإسحاق . واحتج أحمد بحديث جابر أن النبي ﷺ أعطى خبيراً على الشطر . ولم يثبت عن الشارع ما يمنع ولا يترتب عليه شيء من الفساد ، بل هو مصلحة محضة ، والمصنف أيضاً لم يقم دليلاً على ما ادعاه من الفساد سوى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوخ أو المحمول ، وحصول بفعل الأجير فلا بعدد هو قادر بفعله غيره ،

وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة ،
لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان ،
وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له
حنطة بقفيز من دقيقه ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد

وهذا لا يعول ، فإن المزارع يأخذ جزءاً من الخارج والمضارب جزءاً من الربح ، والمعنى
المذكور موجود في كل منها ، بل هذا أولى بالجواز من المضاربة والمزارعة ، فإن الذي
يأخذ منه الجزء هنا يحقق الوجود وهناك معدوم على خطر الوجود لم يكن هذا المعنى
مانعاً من جواز المزارعة والمضاربة ، فهنا أحق وأولى أن لا يمنع .

(وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة ، لأنه جعل
الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان) فإذا صار معناه صار حكمه
كحكمه (وقد نهى النبي ﷺ عنه) أي نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان .
وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننها عن عبد الله بن موسى ثنا سفيان عن هشام
كليب عن عبد الرحمن بن أبي نعيم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال نهى عن
عسب الفحل وعن قفيز الطحان . وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن ابن المبارك
ثنا سفيان به ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني قال فيه ، نهى رسول الله
ﷺ هكذا مبنياً للفاعل كما قاله المصنف ، وتعبه ابن القطان في كتابه وقال إني تتبعته
في كتاب الدارقطني من كل الروايات فلم أجده إلا هكذا نهى عن عسب الفحل وقفيز
الطحان مبنياً للمفعول .

(وهو) أي قفيز الطحان ، أي تفسيره (أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز
من دقيقه) وكذا لو استأجر رجلاً ليطحن له هكذا ، والحنطة في جواز ذلك أن يشترط
صاحب الحنطة قفيزاً من الدقيق الجيد ولم يقل من هذا الحنطة ، لأن الدقيق إذا لم يكن
مضافاً إلى حنطة بعينها يجب في الذمة . ثم إذا جاز يعطيه من دقيق هذه الحنطة (وهذا
أصل كبير) أي جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم (يعرف به فساد

كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا . والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره ، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر ،

كثير من الإجازات) كما إذا استأجر أن يعصر له سمسماً بمن من دهنه ، وكذا إذا دفع أرضه ليغرس شجراً على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفان لم يحز ذلك والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل . وكذا لو استأجر امرأة لتقول هذا القطن وهذا الصوف برطل في الغزل وكذا عجننا الطحن بالنصف ، ودياس الدخن بالنصف ، وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك ، وكل ذلك لا يجوز (لاسيما في ديارنا) أي خصوصاً في ديارنا وديارة بلاد فرغانة وراء جيحون ومدينة مرغينان ، وهي من بلاد فرغانة .

(والمعنى فيه) أي في النهي عن قفيز الطحان (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر) لأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد (وهو بعض المنسوج) في مسألة الحائك (أو المحمول) أي وبعض المحمول في مسألة استئجار الحمال لحمل الطعام وليس له حكم الوجود ، لأنه غير واجب في الذمة فكان معدوماً فيعجز عن تسليمه لأن وجوده (وحصوله بفعل الأجير فلا يعد) أي المستأجر (هو قادراً بقدرة غيره) إذا العبرة بقدرة نفسه . وفي مبسوط صدر الإسلام وجامعه معنى النهي في قفيز الطحان ، ونظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بعد العمل ، وشرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقد ، لأنه خلاف وضع الشرع إذ الشرط يسبقه والحكم يعقبه .

(وهذا) أي وهذا الذي ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً بقفيز منه (بخلاف ما إذا استأجره) أي الحمار (ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر) هذه من مسائل إجازات الجامع الكبير ، وهنا مسألة أخرى وهي ما إذا استأجر رجلاً ليحمل له كر حنطة إلى بغداد مثلاً بنصفه كانت

لأن المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما .
ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر ، لأن
ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه
ولا يجاوز بالاجر قفيزاً ،

الإجارة فاسدة وله أجر مثله إن بلغ بغداد لا يجاوز قيمته نصف الكر عندنا . والفرق
بينها أن الحنطة هنا صارت عمولة بعمل الأجير فكان في معنى قفيز الطحان فيكون
فاسداً فيجب أجر المثل .

وأما في مسألة الكتاب فلما أشار إليه بقوله (لأن المستأجر) بفتح الجيم وهو الأجير
(ملك الاجر في الحال بالتعجيل) لأن تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في
الاجرة (فصار مشتركاً بينهما . ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب
الاجر ، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وفيه
خلاف الشافعي « رح » . قيل هاهنا نظير أن الأول في قوله حيث لا يجب الأجر كيف
يقول لا يجب ، لأنه قد وجب وقبض وهو نصف الطعام ، ثم يقول لأن المستأجر
ملك الأجر .

والثاني في قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه نظر ، فإن هذا ممنوع ، لأن
صورة المسألة ان الطعام مشترك بينهما ، فكيف يقال إن كل جزء منه يكون الشريك
الحامل له عاملاً لفسد ، وإن كان مراده أن ما من جزء إلا وهو مشترك بينهما فيكون
بهذا الاعتبار عاملاً لشريكه بعكس عليه . ويقال إنه إذا كان ما من جزء إلا وهو مشترك
بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملاً لشريكه ، ولكن الحق أن الجزء الذي لشريكه ليس
هو عاملاً لنفسه فيه ، بل لشريكه فهو في الحقيقة عامل لنفسه وعامل لشريكه فأخذه
الاجرة في مقابلة عمله لشريكه . ولو قال ما من قفيز أو ما من حبة أو نحو ذلك لكان
أقرب من قوله من جزء ، لأن الجزء ينطلق على الشائع والتعميم غير ممنوع .

(ولا يجاوز بالاجر قفيزاً) هذا يتصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً

لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل ،
لانه رضي بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب الاجر بالغاً ما بلغ عند محمد «رح» ، لان المسمى هناك
غير معلوم فلم يصح الحط . قال ومن استأجر رجلاً لينخبز له هذه
العشرة المختايم اليوم بدرهم فهو فاسد، وهذا عند أبي حنيفة «رح» .

بقفيز منه ، وانتصاب قفيزاً على المفعولية والفاعل هو قوله بالأجر على رأى من يجوز اسناد
الفعل الى الجار والمجرور ، وهذا إذا كان لا يجوز على البناء للفاعل يكون الفاعل هو
الضمير في لا يجاوز الراجع إلى المستأجر ، وتكون الباء للمصاحبة والتقدير لا يجاوز
المستأجر مع الأجر قفيز الذي كان أجرة (لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما
سمى ومن أجر المثل ، لأنه) أي لأن الحامل (رضي بحط الزيادة) أي الزيادة على احدهما
من المسمى ومن أجر المثل ، أما رضاه بالمسمى فعقده عليه ، وأما رضاه بأجر المثل فإقدامه
على الإجارة الفاسدة .

(وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد
لأن المسمى هناك) وهو نصف الحطب (غير معلوم فلم يصح الحط) وعند أبي يوسف
لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لا قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا كما لو استأجر
لحل الحنطة بقفيز منها .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن استأجر رجلاً لينخبز له هذه العشرة المختايم)
وهو جمع ختم وهو الصلح بعينه ويشهد عليه حديث الحذري الوسق ستون ختموماً ،
وسمى به لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كيلا يزداد لا ينقص . وفي المبسوط الختم
والقفيز واحد قوله هذه مفعول بقوله لينخبز ، والعشرة صفته ، المختايم مجرور بالإضافة كما
في قولك الخمسة الاثواب على رأى الكوفيين ، وقوله (اليوم) نصب على الظرف أي اليوم
(بدرهم) يتعلق بقوله استأجر (فهو فاسد) أي عقد هذه الإجارة فاسد (وهذا) أي
فساد هذا العقد (عند أبي حنيفة) .

وقال أبو يوسف ومحمد «رح» في الإجازات هو جائز لانه يجعل
 المعقود عليه عملاً ، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد
 فترفع الجهالة . وله أن المعقود عليه مجهول ، لان ذكر الوقت
 يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً
 عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول
 فيفضي إلى المنازعة

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجازات) أي من إجازات المبسوط (هو
 جائز) وبه قالت الثلاثة ، وإنما قيد قولها بهذا القيد لأنه لم يذكر قولها في الجامع الصغير
 وفي المبسوط قولها استحسان (لأنه يجعل المعقود عليه عملاً) لأنه المقصود في الإجازات
 (ويجعل ذكر الوقت للاستعجال) لا لتعلق العقد به ، فكان استأجره بعمل على أن يفرغ
 منه في نصف النهار كان له الأجر كاملاً ، ولو لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد ، لأنه
 صار أجيراً مشتركاً والحمل على هذا ما لا بد منه (تصحيحاً للعقد فترفع الجهالة) بما
 ذكرنا من الحمل .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه (أن المعقود عليه مجهول) لأنه ذكر سببين
 مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقوداً عليه (لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة
 معقوداً عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح) لاحدهما على الآخر
 في الأولوية (ونفع المستأجر في الثاني) وهو كون العمل معقوداً عليه حتى لا يجب الأجر
 إلا بتسليم العمل اليه (ونفع الاجير في الاول) وهو كون ذكر الوقت موجباً لكون
 المنفعة معقوداً عليها ، حتى يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس في المدة وإن لم يعمل فجاز
 أن يطلب الاجير أجره نظراً إلى الاول ويمنعه المستأجر نظراً إلى الثاني (فيفضي
 إلى المنازعة) .

فإن قيل ما الفرق بين هذه وبين ما إذا قال إن خطبته اليوم فلك درهم وإن خطبته
 غداً فلك نصف درهم ، فإن أبا حنيفة رحمه الله أجاز الشرط الاول ، وجعل ذكر

وعن أبي حنيفة « رح » أنه تصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمي عملاً . لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق . قال ومن استأجر أرضاً على أن يكرهها ويزرعها ويسقيها فهو جائز ، لان الزراعة

الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلاً ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ عنه اليوم فان الإجارة فيها جائزة بالإجماع ، أجيب في الفرق بينها وبين الاول بأن دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي للتوقيت اتى المجاز الذي هو التعجيل ، وليس في مسألتنا ما يعرفه عنها فلا يصار إلى المجاز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فان كله فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه ، فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل .

يؤيده ما روى عن أبي حنيفة وهو قوله (وعن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمي عملاً) أي سمي المعقود عليه عملاً كانه قال إن عملت في بعض اليوم (لانه للظرف) أي لان في الظرف لا للمدة والمظروف لا يستغرق الظرف (فكان المعقود عليه العمل) لانه كانه قال إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه .

(بخلاف قوله اليوم) لانه المدة ، لانه بدون في فيستقر جميع الظروف فيصلح أن يكون معقوداً عليه ، ويلزم الجهالة . وقال تاج الشريعة إذا لم يذكر حرف في مستوعب الظرف فبالنظر الى قوله لتخبز لي هذه العشرة الخاتيم يكون المعقود عليه هو العمل ، وبالنظر إلى قوله اليوم يكون المعقود عليه هي المنفعة فجعل المعقود عليه ففسدت الإجارة (وقد مر مثله في الطلاق) أي فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن استأجر أرضاً على أن يكرهها) من كرب الارض كرباً قلبها للحرث من باب طلب يطلب (ويسقيها ويزرعها فهو جائز ، لان الزراعة

مستحقة بالعقود ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكرب فكان كل واحد منها مستحقاً ، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد ، فإن شرط أن يثنيها أو يكري انهارها أو يسرقها فهو فاسد ، لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ، وما هذه حاله توجب الفساد ، ولان مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة ، فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه .

مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب ، فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد) لان الشرط الملائم لا يفسد العقد .

(فان شرط أن يثنيها) من التثنية ويحيى الآن ، أما المراد من التثنية (أو يكري انهارها) أي يحضر من الكري وهو الحضر (أو يسرقها) من سرقنت الأرض إذا جعلت السرقين ويسمى السرجين وهي الزبل (فهو فاسد) أي فان العقد فاسد (لانه يبقى أثره) أي أثر كل واحد من المذكورات وهي التثنية والكري والسرقة (بعد انقضاء المدة ، وانه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لاحد المتعاقدين) وهو رب الأرض (وما هذه حاله توجب الفساد ، لان مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه) أي كون الصفقتين في صفقة منهي عنه ، أي نهى عنه رسول الله ﷺ روى أحمد رحمه الله في مسنده حدثنا حسن وأبو النصر واسود بن عامر قالوا ثنا شريك عن سهاك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة . قال شريك قال ممالك هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا وقد مر الكلام فيه مستوفى في البيوع .

ثم قيل المراد بالتثنية أن يردّها مكروبة ولا شبهة في فساده .
وقيل أن يكرّبها مرتين وهذا في موضع يخرج الأرض الربع
بالكراب مرة والمدة سنة واحدة . وإن كانت ثلاث سنين
لا يبقى منفعة ، وليس المراد بكرري الأنهار الجداول بل المراد منها
الأنهار العظام هو الصحيح ، لأنه يبقى منفعته في العام القابل . قال

(ثم قيل المراد بالتثنية أن يردّها) أي الأرض (مكروبة ولا شبهة في فساده) لأنه
يقتضيه العقد ، لأن الزراعة لا تتوقف عليه (وقيل أن يكرّبها مرتين وهذا في موضع
تخرج الأرض الربع بالكراب مرة ، والمدة) أي مدة الاجارة (سنة واحدة) فإذا كان
كذلك يفسد العقد أيضاً ، لأن فيه منفعة لاحدهما .

(وإن كانت) أي المدة (ثلاث سنين لا يبقى منفعة) فلا يفسد العقد أيضاً ، لأن فيه
من مقتضيات العقد ، وكذا إذا كان الكراب مرتين والمدة سنة ، ولكن لا تخرج الأرض
البديع إلا بالكراب مرتين ، لأنه ليس فيه منفعة لاحدهما ، وقد ذكر الفقيه أبو الليث عن
مشايخنا أنهم قالوا هذا الجواب في بلادهم ، أما في بلاد الخصرة نحو المزارعة بهذا الشرط
لأن منفعة التثنية في بلاد الخصرة لا يبقى بعد انقضاء المدة ، فإن الأرض وإن كرّبت مراراً
فلما تبقى منفعتها إلى العام الثاني .

(وليس المراد بكرري الأنهار الجداول) وهو جمع جداول وهو النهر الصغير (بل
المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح) احتج به عن قول من قال المراد بالأنهار الجداول
وهو قول خواهر زادة ، وبه كان يفتى ، فإنه كان سوى بين الأنهار وبين الجداول عمل
باطلاق لفظ الكتاب (لأنه يبقى منفعته) أي منفعة كربي الأنهار العظام (في العام القابل)
ومنفعة الجداول لا تبقى إلى العام القابل ، كذا ذكره المحبوبي ، فكان المستأجر هو المنتفع
بالجداول خاصة وهو واجب على المستأجر بدون الشرط ، فكان شرطاً بقبضه العقد فلا
يفسد به . وصاحب المحيط اختار القول الذي نفاه المصنف .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير

وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه . وقال
الشافعي هو جائز ، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى ، واللبس
باللبس ، والركوب بالركوب . له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت
الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين . ولنا أن الجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة ، وإلى هذا

فيه) أي لا يجوز أصلاً ، هكذا فسرهُ غالب الشراح ولم يبين أحد منهم وجه العدول عن
لفظه لا يجوز أو يفسد إلى هذا اللفظ إلا تاج الشريعة ، فإنه قال من دواب محمد رحمه الله
انه يذكر الأخير فيما لم يجد نصاً صريحاً في فساده ليكون بيان الفساد بطريق الإقتضاء
لا بالإفصاح .

فإن قلت ما وجه تفسير لاخير هل يجوز أصلاً . قلت لأن النفي الجنس ، فإذا انتفت
الخبرية من كل وجه ينتفي الجواز أصلاً .

(وقال الشافعي « رح » هو جائز) اختلف جنس المنفعة وانفق ، وبه قال مالك
وأحمد رحمهما الله ، وعلى هذا الخلاف (وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس
والركوب بالركوب) بأن أجر داره ليسكنها بسكنى داراً أخرى أو ثوباً
ليلبسه بلبس ثوب آخر ودابة ليركبها بركوب دابة أخرى (له) أي الشافعي « رح »
(أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين) على المؤجر ولو لم تكن المنافع
بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين ، وهو لا يجوز ، أشار إليه بقوله (ولا يصير ديناً
بدين) أي الإجارة بأجرة دين .

(ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا) بفتح النون أي التأجيل (فصار كبيع
القوهي بالقوهي نسيئة) صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب بالقوهي بالثوب القوهي إلى أجل .
وهو بضم القاف وسكون الواو وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان كورة من كور فارس .
وإنما لم يحز البيع هنا لأن أحد وصفي علة الربا كاف في حرمة النساء وهو الجنس ، فكذا
في المنافع إذا وجد فيها الجنس يحرم (وإلى هذا أشار محمد) أي ما ذكر من الحكيم ،

أشار محمد «رح» ، ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة
ولا حاجة عند اتحاد الجنس . بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة

أعني حكم استئجار الأرض لزراعتها بزراعة أرض أخرى وما أشبهها وحكم بيع القوهي
بقوهي أشار محمد بن الحسن رحمه الله وهو ما روى ابن سماعة كتب من بلغ إلى محمد وقال
لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ، فكتب محمد «رح» في جوابه إنك أطلت
الفكرة فأصابتك الحياة وجالست الجنائي فكانت منك ذلة ، أما علمت أن إجارة سكنى
دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي نساء . الجنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن
سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها .

(ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة) هذا طريق آخر في فساد الإجارة
المذكورة ، وهي أن الإجارة إنما شرعت على خلاف القياس لحاجة الناس (ولا حاجة عند
اتحاد الجنس) لأنه كان متمكناً من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالمقد إلا ما كان
متمكناً منه باعتبار ملكه ، والكمال من باب الفصول والإجارة ما شرعت لاستيفاء الفصول
(بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة) بأن استأجر ركوباً بلبوس لتحقق
الحاجة فيجوز .

فإن قيل النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد ، وتأخير المنفعة فيما نحن فيه
ليس كذلك . أجيب إنها لما أقدمنا على عقد يتأخر المقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً
كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط ، فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة ،
قيل فيه نظر ، لأن في النساء شبهة الحرمة فبالحاق به يكون شبهة الشبهة وليس بحرمة .
أجيب بأن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها .

فإن قيل قبل النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن
فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منها ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً . أجيب بأن
الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه
لفقدانها فيه ولزوم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء . ثم لو استوفى
المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية ، لأنه استوفى المنفعة بالإجارة

قال وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له . وقال الشافعي له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز ، فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام

الفاصة . وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا شيء عليه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) يعني لا المسمى ولا أجر المثل ، وعلى قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب أجر المثل كما في إجارة المشاع ، لكن الفرق أن فساد العقد هناك للمعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلاً ، وهنا البطلان لتعذر الاستيفاء أصلاً وبدون الاستيفاء لا يجب الأجر في العقد الفاسد .

وقال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن الطعام بين رجلين ولأحدهما سفينة فأراد أن يخرجها بالطعام من بلدهما إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه بعرضه عشرة دراهم فهر جائز ، وكذلك لو أراد أن يطبخ الطعام فاستأجر نصف الرحى الذي لشريكه ، قال وكذلك لو استأجر منه نصف جواليقه هذه ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة فهو جائز . ولو استأجر عبد صاحبه أو دابة صاحبه أو دابة عبد صاحبه ليحمل ، أو استأجر العبد ليحفظ الطعام وهو استأجر العبد والدابة كله أو نصفه فإن ذلك لا يجوز . فإن حمل على الدابة فلا أجر له . ثم قال الكرخي قال محمد رحمه الله وكل شيء استأجر من صاحبه مما يكون عملاً فإنه لا يجوز ، وإن عمله فلا أجر له ، وكل شيء ليس يكون عملاً استأجر أحدهما من صاحبه فهو جائز .

(وقال الشافعي رحمه الله له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز) وبه قال أحمد (فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب) حيث يجب الأجر .

أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكمي ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر . ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم ،

(ولنا أنه استأجره) أي أن أحد الشريكين استأجر الآخر (لعمل لا وجود له) فصار كإجارة ما لا منفعة له ، قيل هذا ممنوع بل لعمله وجود ، وإلا يلزم أن الحصة التي لشريكه لا وجود لها لكونها شائعة ، ولو كان ذلك صحيحاً لكانت حصته أيضاً لا وجود لها لكونها شائعة ، وهذا من نوع السفسطة وإن كان الحقائق ، وفيه نظر ، لأن معر قوله وجود له لا يتميز وجوده ، ومنكر هذا منكر الحقائق (لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) إذ الحمل يقع على معين ، والشائع ليس بمعين وهذا ضرب النصب الشائع في العبد المشترك لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة في النصب الشائع لعدم تصور الفعل الحسي في الشائع . فان قلنا إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة ، فيجب الأجر . قلت حمل الكل حمل المعين ونصيبه ليس بمعين فيما وجد نصيبه .

(بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي رضي الله عنه على البيع ، فأجاب بأن البيع ليس كذلك (لأنه تصرف حكمي) أي شرعي ، والتصرف في الشائع شرعاً كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه (وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر) لأن الأجر يترتب على ذلك (ولأن ما من جزء يحمله) دليل آخر على المطلوب وجهه أن حامل الشيء ما يحمل من جزئه (إلا وهو شريك فيه) وكل من حمل شيئاً كان شريكاً فيه (فيكون عاملاً لنفسه) ومن كان عاملاً لنفسه (فلا يتحقق التسليم) منه فلا يستحق أجراً على غيره .

فان قيل لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط ، وعامل لنفسه ولغيره فالأول ممنوع فانه

بخلاف الدار المشتركة ، لأن المعقود عليه هنالك المنافع ، فيتحقق تسليمها بدون وضع الطعام . وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ، وإنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع . ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة ،

شريك والثاني حق ، لكن عدم استحقاقه الأجر على ما فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . أوجب أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه فقط أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل يتأتى على أمر مخالف للقياس للحاجة ، وهي تندفع يجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ، فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر .

فان قيل المحمول مشترك فينبغي أن يكون الحمل كذلك أوجب بأن وقوع الحمل مشتركاً محال ، لأنه عوض يتجزأ .

(بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة فقال (لأن المعقود عليه هنالك المنافع) أي منافع الدار والبدل بمقابلتها ولا شركة له في ذلك (فيتحقق تسليمها بدون وضع الطعام) فانه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام وجب عليه الأجر بخلاف الحمل ، فإن المعقود عليه هو العمل ، وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر . (وبخلاف العبد) جواب عن قياس على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، وهو معنى قوله (لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه) وفي بعض النسخ ملك صاحبه (وإنه) أي ملك نصيب صاحبه (أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع) كما في البيع ، بخلاف الحمل ، لأنه فعل حسي .

(ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها) أي استأجرها للزراعة ولم يبين (أو أي شيء يزرعها) من أنواع الحبوب (فالإجارة فاسدة) بجهالة المعقود عليه وبه قال الشافعي

لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها . وكذا ما يزرع فيها
مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود
عليه معلوماً . فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى ، وهذا
استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر « رح » ، لأنه وقع
فاسداً فلا ينقلب جائزاً . وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل
تمام العقد فينقلب جائزاً ،

وأحمد رحمه الله في الصورتين ، وكان له أن يفعل في الأول ما يشبه البناء والغرس والزرع ،
فإن أشبه الجميع وكان بعضه بالأرض من بعض لم يصح العقد . وفي الثاني وهو أن يذكر
الزرع صح العقد ولا يزرع إلا ما يشبهه ، ذكره في الجواهر . أما لو استأجرها ليزرع فيها
ما شاء أو يغرس ما شاء يجوز بالاجماع . ولو قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح
أيضاً وهو المنصوص عن الشافعي رحمه الله وخالفه أكثر أصحابه . وقالوا لا يجوز لأنه لا
يدرك كم يزرع وكم يغرس . وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها (لان الأرض
تستأجر للزراعة ولغيرها) نحو البناء والغرس وحفظ الامتعة ونحوها .

(وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه) أي مما يزرع (ما يضر بالأرض وما لا يضر بها
غيره) كاللدرة والدرزقان ضررها بالأرض أكثر من ضرر الحنطة والشعير ، ومنه ما لا
يضر كالقطن والبطيخ (فلم يكن المعقود عليه معلوماً) فيفسد العقد للجهالة (فإن زرعها)
أي الأرض نوعاً من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة (ومضى الأجل) المضروب فيها (فله
المسمى) أي فللمولى ما سميا عند العقد (وهذا) أي وجوب المسمى لانقلاب العقد صحيحاً
(استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله) والشافعي وأحمد (لانه)
أي العقد (وقم فاسداً فلا ينقلب جائزاً) فيجب أجر المثل .

(وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت) بوقوع ما وقع فيها من الزرع (قبل تمام العقد)
ينقض القاضي (فينقلب جائزاً) لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال ، فاذا شهد المزرع
في بعض المدة وعرف انه ضاراً وليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع في

كما إذا ارتفعت في حالة العقد ، وصار كما إذا أسقط الأجل
المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة . ومن استأجر حماراً
إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق
في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد
المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة .

ذلك الوقت (كما إذا ارتفعت في حالة العقد) لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه . ولو ارتفعت
من الابتداء جاز فكذا هنا (وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه) بأن باع إلى
الحصاد والدياس فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس (والخيار الزائد في المدة)
بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلاً ثم أسقط اليوم الرابع قبل هذا رد المختلف على المختلف ،
فان زفر « رح » لم يقل بالانقلاب إلى الجواز لا هنا ولا هناك .

أجيب بأنه لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق مبادئ فيكون مثل
الإيضاح لما وقع الكلام فيه من المقيس فيه ، وإن كان هو مختلفاً في نفسه . وقيل هذا
تكرار لأنه ذكر في الأول باب ما يجوز من الإجارة ، ويجوز استئجار الأراضي للزراعة
ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها . أجيب بأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع
الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة ، وهي قوله وإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى
وفيه نظر ، لأن اختلاف الوضعين لا ينبغي التكرار في حكم واحد ، وكان ينبغي ذكر
الفائدة الزائدة هناك .

(ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمله الناس
فنفق) أي الحمار أي هلك (في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة
أمانة في يد المستأجر) لأنه قبضها بإذن المالك (وإن كانت الإجارة فاسدة) حرف إن
واصلة بما قبله ، لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح ، ولا يعلم خلاف أن هذه الإجارة
فاسدة ، والفاسدة في حكم الصحيحة في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تعد ، وإنما
قيد بقوله حمل ما يحمله الناس ، وأراد به الحمل المعتاد ، لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك

فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى . وإن اختصما قبل أن يحمل عليه . وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً إذ الفساد قائم بعد

الحمار يجب أن يضمن ، وإنما يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة ، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعد المعتاد .

(فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى) وهو قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع ، فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى . وفي القياس يجب أجر المثل وهو قول زفر والشافعي وأحمد رحمهم الله .

(وإن اختصما قبل أن يحمل عليه) أي على الحمار (وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع) أي واختصما في المسألة الأولى وهي ما إذا استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها .. إلى آخره (نقضت الإجارة دفعاً للفساد ، إذ الفساد قائم بعد) أي فساد العقد باق وثابت بعد الإجارة قبل الحمل على الحمار وقبل الزراعة في الأرض قال دفعاً للفساد بالدال . ولو قال دفعاً للفساد بالراء كان أولى لأن الفساد قائم يحتاج إلى الرقع ، والرفع لا يكون إلا في غير القائم فافهم .

* * *

باب ضمان الأجير

قال الأجراء على ضريين ، أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ،

(باب ضمانات الأجير)

الأجير على وزن فاعيل لكن بمعنى فاعل ، أي آجر . قال الأتراسي فاعيل بمعنى مفاعيل من باب أجر ، واسم الفاعل منه مؤجر ، قلت هذا غلط ، لأن فاعلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثاني ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجره يعني به من المزيّد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر .

(قال) أي القدوري (الأجراء على ضريين) الأجراء على وزن فعلاء جمع أجير ، قيل هذا انقسام الشيء إلى نفسه وهو باطل . أجب بأن الكلام إذا دخل على الجمع ولا معهود يبطل معنى الجمعة ، فيكون الجنس فيصح الانقسام (أجير مشترك) وسؤال عن وجه تقديمه على الخاص دوري (وأجير خاص) أي والثاني أجير خاص (فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ) قيل هذا التعريف دوري ، لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعروف موقوفة على معرفة المرف وهو الدور . أجب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجرة متى تستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة معرف . وقال الكاكي في هذا تعريفه بالأجل الأشهر . قلت بل هو تعريف بالمساوي على ما لا يخفى . قيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد ، والتعريف بالمفرد لا يصح عند أكثر المحققين . أجب بأن قوله كالقصار والصباغ منضم إليه فصار تعريفاً بالمثال وهو صحيح . قيل فيه نظر ، لأن قوله لأن المعقود عليه ينافي ذلك ، لأن التعليل على التعريف غير صحيح .

لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ،
لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى أجيراً
مشتركاً . قال والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند
أبي حنيفة وهو قول زفر « رح » ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب
كالخريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله
عنها أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ،

قلنا هنا من التعريفات اللفظية فلا يحتاج إلى هذه التكلفات .
(لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل) هو القصرة (أو أثره) أي أو أثره ، أي اثر
العمل كالصنغ (كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا
الوجه) أي من حيث أن منافعه لم تصر مستحقة لواحد (يسمى أجيراً مشتركاً) بين
الناس غير مخصوص لواحد بعينه .

(قال والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو
قول زفر « رح ») والحسن بن زياد والشافعي في قول وأحمد في رواية وإسحاق والمزني ،
وروي عن علي رضي الله عنه (ويضمنه عندهما) وبه قال الشافعي « رح » في قول ،
وأحمد « رح » في رواية ، ومالك وابن أبي ليلى وعطاء وطاووس ومجاهد « رح » (إلا
من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر) لأن الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن
لعدم الجناية والتقصير .

(لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك) روى
البيهقي من طريق الشافعي أخبرنا إبراهيم بن يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي
الله عنهم أنه كان يضمن الصباغ والصائغ وقال لا يصلح للناس إلا ذلك . وروي عن
خلاس عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير . قال البيهقي الأول فيه انقطاع
يعني أبي جعفر وعلي رضي الله عنه . والثاني يضعفه أهل الحديث ويقولون أحاديث خلاص
عن علي من كتاب . واستدل ابن الجوزي في التحقيق على أنه لا ضمان على الأجير المشترك

ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر ، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كاللوت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره ، لأنه لا تقصير من جهته ، ولأبي حنيفة إن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه .
ولو كان مضموناً

بما رواه الدارقطني حدثنا الحسين بن اسماعيل ثنا عبد الله بن شبيب حدثني اسحاق بن محمد ثنا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لا ضمان على مؤتمن . وقال صاحب التنقيح هذا إسناد لا يعتمد عليه ويزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره . وقال النسائي متروك الحديث وعبد الله بن شبيب ضعفه .

(ولأن الحفظ مستحق عليه) أي واجب (إذ لا يمكنه العمل إلا به) أي بالحفظ (فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه) بسبب ممكن الاحتراز عنه (كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر) لأنه صار بالتقصير تاركاً ذلك الحفظ المستحق فيضمن ، فصار مثل الدق ، فالمستحق بالمقد دق سليم عن عيب التحرق ، فإذا انحرق كان ضامناً (بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كاللوت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره) مثل بسيل الغالب والفار على بلد هو فيه (لأنه لا تقصير من جهته) فلم يكن متعدداً فلا يضمن .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه) لإقامة العمل فيه فلا يكون مضموناً عليه كالمدوع وأجير الواحد (ولهذا) توضيح لما قبله (لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ، ولو كان مضموناً) يعني ولو كان المتاع

يضمنه كما في المصوب ، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ،
ولهذا لا يقابله الأجر ، بخلاف المودع بالأجر ، لأن الحفظ
مستحق عليه مقصوداً حتى لا يقابله الأجر . قال وما تلف بعمله
كتخريق الثوب من دقة

مضموناً في يده (يضمنه كما في المصوب) أي كما يضمن في المصوب في الحالين
(والحفظ مستحق عليه تبعاً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال الاعتبار غير
صحيح ، لأن ما نحن فيه الحفظ والحفظ مستحق عليه تبعاً (لا مقصوداً) أي غير معقود عليه ،
لكنه وسيله إليه وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً ، والحفظ ليس
بمقصود أصلي بل لاقامة العمل ، فكان تبعاً فلم يكن مقصوداً (ولهذا) أي ولكون
الحفظ مستحقاً عليه تبعاً لا مقصوداً (لا يقابله الأجر) أي لا يقابل الحفظ الأجر .

(بخلاف المودع بالأجر ، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً) لأن المقصود بالذات هو
الحفظ (حتى لا يقابله الأجر) أي حتى يقابل الحفظ فيها مقصوداً ، بخلاف الأجير
المشترك ، فإن المقصود فيه العمل ، فلا يكون عقد معاوضة فلا يقتضي السلامة . قيل
هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فلماذا اختار المتأخرون الفتوى بالصلح
على النصف ، لأن فيه عملاً بأقوال الصحابة وفيه نظر ، لأن هذا قول خارج عن أقوال
الصحابة وترك للعمل بأقوالهم أن الصحابة اختلفوا على القولين لا غير أما الضمان أو عدم
الضمان . وفي الخلاصة بعض العلماء أفتوا بقولهما ، وأئمة سمرقند أفتوا بالصلح على النصف .
وكان الإمام المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله فقيلاً له من قال بالصلح هل يجبر لو
امتنع ، قال لا . وقال كنت أفتي زماناً بالصلح فرجعت لهذا ، والقاضي الامام قاضي
خان يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله . وقال تاج الشريعة ذكر الفقيه أبو الليث أن الفتوى
على قول أبي حنيفة « رح » ثم عندهما إن شاء المالك ضمنه المقصور وأعطى الأجرة غير
مقصور ولا أجر له .

(قال وما أئلف بعمله) أي بعمل الأجير المشترك (كتخريق الثوب من دقته

وزلق الحمال وانقطاع الجبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق
السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي «رح ، لا ضمان
عليه ، لأنه أمره

وزلق الحمال وانقطاع الجبل الذي يشد به المكاري الحمل ، وغرق السفينة من مدها^(١)
من مد الملاح السفينة ، فالمصدر مضاف إلى مفعوله ، والفاعل مطوي ذكره ، والفرق
بفتح الراء مصدر غرق في الماء إذا غار (مضمون عليه) أي على الاجير المشترك ، ورفع
مضمون على أنه خبر المبتدأ وهو قوله وما به . قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله
في قول وروي ذلك عن عمر وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم .

وقال الكرخي في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنه
مضمون بالعمل الذي يأخذ عليه الاجر فيضمن القصار ما تحرق في دقه أو من عده أو من
غمزه أو من بسطه . وكذلك الصباغ في ذلك كله . ويضمن أيضاً في طبخ الثوب إذا
كان مما يطبخ ، وكذلك الملاح يضمن ما كان في مدة أو خدمة أو ما يعالج به السفينة
للمسيرة . وكذلك الحمال إذا أسقط ما حمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معه
فإنه يضمن ذلك كله ، وكذلك المكاري إذا كان من سوقه أو من قوده وانقطع
الجبل الذي شده على المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد به المتاع
من فساد يلحقه منه عند حمله سفينة أو بسوقه الدابة عليه المتاع أو قوده .

وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد هو مؤتمن في ذلك لم يضمن إلا إن
تعدى . وفي التحفة ولم تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على
الاسناد . وفي شرح الكافي ولو وطىء الاجير على ثوب القصار مما لا يوطأ فخرقه كان
ضمانه عليه .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه) قال الربيع هذا مذهب الشافعي
«رح ، ، وروي ذلك عن عطاء وطاووس (لانه أمره) أي لان صاحب المتاع من

(١) من مده - هامش.

بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم ، وصار كأجير الواحد
ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد
وهو العمل الصالح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه
حقيقة . حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً
فيه . بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلحة ، لأنه
يمتنع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده .
وبخلاف الأجير الواحد على ما ذكره إن شاء الله تعالى ، وانقطاع

الأجير المشترك (بالفعل مطلقاً) بأن استأجره ليدق الثوب ولم يرد على ذلك ما يدل على
السلامة (فينتظمه بنوعيه) أي فينتظم المطلق بنوعي الفعل (المعيب والسليم) بالأجر
فيها على أنه عطف بيان أو بدل ، ويجوز الرفع فيها على تقدير أحدهما المعيب والآخر
السليم (وصار كأجير الواحد ومعين القصار) حيث لا ضمان عليهما .
(ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح) وفي
بعض النسخ الصالح (لأنه هو الوسيلة إلى الأثر) الحاصل في العين من فعله (وهو المعقود
عليه حقيقة) لكونه هو المقصود (حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر) وإذا كان
كذلك كان الأمر مقيد بالسلامة (فلم يكن المفسد) من العمل (مأذوناً فيه) كما لو
وصف نوعاً من الدق فجاءه بنوع آخر .

(بخلاف المعين) أي معين القصار (لأنه متبرع فلا يمكن تقييده) أي تقييد عمله
(بالمصلحة ، لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده) أي بالمصلحة
قبل الملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له .
ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم (وبخلاف أجير
الواحد على ما ذكره إن شاء الله تعالى) أي أجير المستأجر الواحد ، وسيأتي في
آخر الباب .

(وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الأجير ، فما

الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه . قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم
 ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن
 الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ،
 ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحملة العاقلة . قال وإذا
 استأجر من يحمل له دنأ من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر
 فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء
 ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه

وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله ، فأجاب بقوله (فإنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه)
 أراد أنه إنما انقطع من قلة اقتقاده كل ساعة ، لأنه ربما ينحل انبرامه أو يبلى من كثرة
 الإستعمال ولا يهون عليه تجديده وتبديله بأقوى منه (إلا أنه) استثناء من قوله مضمون ،
 أي إلا أن الأجير المشترك (لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو
 سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) قيل إذا كان يستمسك على الدابة ويركب وحده
 وإلا فهو كالمحتاج ، والصحيح أنه لا فرق . وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف « رح » في
 الوضيع ، وكذا ذكره التمرثاشي . وفي الاختيار ولو غرقت في موج أو ربيع أو صدم
 جبل أو زوحم الجبال فلا ضمان عليهم لأنهم لا فعل لهم في ذلك (لأن الواجب ضمان
 الآدمي وأنه) أي ضمان الآدمي (لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على
 العاقلة وضمان العقود لا تتحملة العاقلة) لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنائيات .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا استأجر من يحمل له دنأ من الفرات فوقع في
 بعض الطريق فأنكسر فإن شاء ضمنه قيمته) أي قيمة الدن (في المكان الذي حمله ولا
 أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه) قال
 السفناقي إنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان الجديدة كانت تباع هنالك ، قيد بقوله في
 بعض الطريق لأنه لو انكسر بعدما انتهى إلى المكان المشروط من جنابة يده فلا ضمان
 عليه وله الأجر . وكذا نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط . وقوله

أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه . وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه . وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه

فانكسر ليس بقيد ، فانه لو كسره عمداً فالحكم كذلك عندنا . وعند زفر والشافعي رحمهما الله إن انكسر لا ضمان عليه لما قلنا . وإن كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره ويعطيه أجر ما حمل . في شرح الطحاوي فلو زحمه الناس حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب ، ولو انه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع .

(أما الضمان فلما قلنا) أنه أجبر مشترك وقد تلف المتاع بصنعه في شرح الطحاوي والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعمارة فما تلف من سوقه وضربه إياها بخلاف العادة فانه يضمن لأنه من جنابة يده . وإذا ساق الدواب على السرعة ، فاذا زحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضاً فسقطت إلى الماء وعطبت فانه يضمن ، لأنه من جنابة يده . ولو أن رجلاً قال استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجبر الواحد . وفي الفتاوى الصغرى الراعي إذا كان مشتركاً لا يجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فان شرط عليه في أصل العقد يجب عليه رعي الأولاد (والسقوط بالعثار) أي سقوط الحامل يحصل بالعثار (أو بانقطاع الحبل ، وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد) أي والحال أن الحمل شيء واحد حكماً إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولاً إلى موضع بعينه (تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء) أي من ابتداء العقد (من هذا الوجه) يتعلق بقوله وقع تعدياً ، وأراد به الوجه الذي ذكره وهو أن الحمل شيء واحد فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء .

(وله وجه آخر) أي لوجوب الضمان وجه آخر (وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه

فلم يكن من الابتداء تعدياً ، وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى
أي الوجهين شاء . وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى .
وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً . قال وإذا فسد
الفصاد أو بزغ البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه
فيما عطب من ذلك

فلم يكن من الابتداء تعدياً (لأن ابتداءه في الحقيقة سليم) وإنما صار تعدياً عند الكسر
أراد أنه كان في الابتداء غير متعد ، فلما كسره ظهر انه متعد ، ولكن ما كان ظهوره إلا
عند الكسر ، فإذا كان جهة الضمان دائر بين الأمرين (فيميل إلى أي الوجهين شاء) .
(وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر (له الأجر
بقدر ما استوفى ، وفي الوجه الأول) وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله (لا
أجر له ، لأنه ما استوفى عمله أصلاً) فالوجه الأول وجه حكمي ، فلماذا قلنا انه ليس
يجمع بين الأجر والضمان ، لأنهما لا يجتمعان عنده إذا كان في حالة واحدة ، وقد
اختلفت الحالة هنا لأنه في الوجه الثاني جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى أن
كسر والاجر يجب في حالة الامانة ، وإنما صار مضموناً في حالة الكسر وهذه
حالة أخرى .

فان قلت كان ينبغي أن لا ينجر عند أبي حنيفة رحمه الله لكن يضمن قيمته في المكان
الذي انكسر ، لان المال أمانة عند الأجير المشترك عنده ، وإذا كان أمانة وجب أن لا
يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه . قلت هذا ليس كذلك على الإطلاق ، ولكن
القبض يقع على وصف التوقف عنده ، فان ظهر بصنعه ظهر انه كان مضموناً عليه ، فجاز
أن يكون له الخيار .

(قال) أي القدوري (وإذا فسد الفصاد أو بزغ البزاع) قصد من باب ضرب
يستعمل في الآدمي ، وبزغ من باب فتح يستعمل في الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة إذا
شقها بالمبزاع وهو مثل مشرط الحجام ، ومادته باء موحدة وزاي وغين معجمتان (ولم

وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدائق فنفتت ، أو حجام حجم
عبداً بأمر مولاه فمات لا ضمان عليه ، وفي كل واحد من العبارتين
نوع بيان . ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني
على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من
العمل . ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوة الثوب

يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك (أي فيما هلك ، ولا يعلم فيه
خلاف . قيد بقوله ولم يتجاوز الموضع المعتاد لأنه إذا تجاوز الموضع المعتاد يضمن . وقال
صاحب الاختيار ولا ضمان على الفصاد والبزاع ، إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد لأنه إذا
فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية ، لأنه ينبي على قوة المزاج وضعفه ، وذلك
غير معلوم فلا يتقيد فيه ، بخلاف دق الثوب لأن رفته وثخائنه تعرف لاهل الخبرة
فيتقيد بالصالح . وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا شرط على الحجام والبزاع العمل على
وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط ، لأنه ليس في وسعه ذلك . ولو شرط على القصار
العمل على وجه لا ينخرق صح لأنه وسعه ذلك .

(وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدائق فنفتت) أي هلكت (أو حجام حجم
عبداً بأمر مولاه فمات لا ضمان عليه) إنما أعاد المسألة المذكورة بينهما على مزيد
فائدة المار إليها بقوله (وفي كل واحد من العبارتين نوع من بيان) أراد بهما عبارة القدوري
رحمه الله وعبارة الجامع الصغير ، وأراد بيع من القدوري أنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع
المعتاد ، ويفيد أنه إن تجاوز ضمن وبنوع بيان من الجامع الصغير أنه بين الأجرة ، وكون
الحجامة بأمر المولى والهلاك ، ويفيد أنه إذا لم يكن بأمره يضمن .

(ووجهه) أي وجه عدم الضمان (أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة
الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل) لثلاث يتقاعد الناس عنه
مع مساس الحاجة (ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه) أشار به إلى قوله لأن
الاحتراز عن التحريق بالدق ممكن ليمكن التقييد بالمصلح (لأن قوة الثوب ورقته تعرف

ورقته تعرف بالاجتهاد ، فأمكن القول بالتقييد . قال والأجير
الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ،
كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ،

بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد) بالمصلح . وفي بعض النسخ ودقته بالدال وكلاهما بمعنى
واحد ، ثم إذا تجاوز المعتاد يضمن ولم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحياة أو الموت
كم هو ، قيل ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الحتان لو ختن فقطع الحشفة ينظر إن
برىء فعليه كمال دية النفس وإن مات فعليه نصف الدية .

وهذا من العجب إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات ، فإنه كلما زاد أو جنيته
انتقص ضمانه وينبغي أن يزداد ضمانه ، كما في قطع اليد وقتله خطأ ، وقد ذكر السرخسي
في مبسوطه فقال محمد في النواذر انه لما برىء كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصودة
لا ثاني له في النفس ، فيتقدر بدله ببديل النفس كما في قطع اللسان . ولو مات حصل تلف
النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مضمون وهو قطع الحشفة
فعليه نصف بدل النفس لذلك .

فان قيل التنصيف بالبدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى ، لأن قطع الحشفة
أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة ، فكان كقطع اليد مع حر الرقبة . أجيب
بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً وأن لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هذا بخلاف
الحر ، فإنه لا يحتمل ان لا يقع إتلافاً .

(قال) أي القدوري (والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة
وإن لم يعمل) ما كان يرد على الأجير المشترك يرد هنا ، فالجواب هو الجواب ، ثم انه إنما
يستحق الأجرة بتسليم نفسه بدون العمل إذا تمكن من العمل ، حتى لو سلم نفسه ولم
يتمكن من العمل لعذر منعه لم يجب الأجر ، فإنه ذكر في الذخيرة لو استأجره لاتخاذ
الطين أو غيره في الصحراء فمطر ذلك اليوم بعدما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له ،
وبه كان يفتي المرغيناني .

(كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم) أي لو استأجر شهراً لرعي الغنم ، هذا

وإنما سمي أجير واحداً لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره ، لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له ، والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل . قال ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله . أما الأول فلأن العين أمانة في

هو الأجير الخاص لأنه مخصوص بواحد (وإنما سمي أجير واحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره) أى لغير المستأجر . وقوله أجير مضاف إلى لفظة وحد ، والوحد بفتح الواو وسكون الحاء بمعنى الواحد وهو صفة موصوفها محذوف تقديره أجير مستأجر واحد ، ويحوز تحريك الحاء أيضاً (لأن منافعه في المدة) أى منافع الأجير الخاص في المدة المضروبة للعمل (صارت مستحقة له) أى للمستأجر (والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا) أى ولأجل أن الأجر مقابل بالمنافع ، والمنافع مستحقة له (يبقى الأجر مستحقاً ، وإن نقض العمل) على بناء المجهول في نقض ، بخلاف الاجير المشترك ، فانه روى عن محمد لو فتن الخياط أو غيره الثوب بعدما عمل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط ، لأنه لم يسلم العمل لرب الثوب ولا يحبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما ، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وإن كان الخياط وهو الذي فتن فعمله أن يعيد العمل ، ولو كان أجيراً خاصاً فينقضه استحق الأجر والإسكاف كالخياط .

(قال) أى القدوري (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدم في عمله أو تحرق الثوب من دقه أو انفسد الطبخ أو احترق الحبز ونحو ذلك ، وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله فيه قولان في قول يضمن كالأجير المشترك وهو المنصوص عليه ، ذكره في الحلية . ومنهم من قال لا يضمن قولاً واحداً هذا كله إذا لم يتعمد الفساد ، فإن تعمد ذلك ضمن كالمدع بلا خلاف .

(أما الأول) وهو ما إذا تلف في يده (فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه)

يده لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده ، وكذا عندهما لأن تضمين
الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، وأجير
الواحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالباً فيؤخذ فيه بالقياس .
وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره
بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه ، فصار فعله منقولاً إليه
كأنه فعل بنفسه ، فلهذا لا يضمنه والله أعلم .

أي بإذن المستأجر (وهذا ظاهر عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (وكذا عندهما لأن
تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعياناً
كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر
في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه (والأجير الواحد) بإضافة الاجير إلى الواحد
ولا يمتنع في هذه الإضافة دخول اللام في المضاف ، لأن الإضافة لفظية . وفي بعض النسخ
وأجير الواحد بدون اللام في الاجير ، وهذا أشهر وأصوب وهو مبتدأ وخبره قوله
(لا يتقبل الاعمال) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية ^(١) فيؤخذ فيه بالقياس)
وهو عدم الضمان .

(وأما الثاني) وهو ما إذا تلف بعمله (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر)
بتسليم النفس ، ولهذا يستحق الاجر بتسليم نفسه بدون العمل (فإذا أمره بالتصرف في
ملكه صح ويصير) أي الاجير (نائباً منابه ، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه ، فلهذا
لا يضمنه والله أعلم) كما في الإكراه الملجئ .

★ ★ ★

(١) غالباً - هامش .

باب الاجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم ، وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز ، وأي عمل من هذين العاملين عمل استحق الاجر به وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم ،

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لما بين الإجارة على شرط إذا كان مفسداً شرع في بيان الشرطين والاثنتان بعد الواحد .

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً) أي خياطاً فارسياً بمعنى خياطة فارسية أي منسوبة إلى صنعة فارس وهي التي تكون فيها الخياطة غرزة غرزة . وقوله (فبدرهم) جواب الشرط والتقدير فأجرتك بدرهم (وإن خطته رومياً) أي خيطاً رومياً يعني خياطة رومية أي منسوبة إلى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيها غرزتين ، وكذلك قوله (فبدرهمين) جواب الشرط بالتقدير الذي ذكرناه ، وقوله (جاز) جواب إذا ، أي جاز هذا الشرط المتنوع (وأي عمل من هذين العاملين) أي الخياطة الفارسية والخياطة الرومية (عمل) أي الخياط (استحق الأجر به) أي الأجر المسمى بالعمل ، وبه قال أحمد « رح » في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية وإسحاق وأبو ثور والثوري لا يصح العقد وهو القياس ، وبه قال زفر « رح » وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً ثم رجع عنه . وجه القياس أنه عقد معاوضة ولم ينعقد فيه العوض والمعوض ، فلم يصح وله أجر المثل إذا عمل . وجه الاستحسان أن الأجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه عن البذل معلوم فلا يبقى الجهالة في العقود عليه ولا في بدله .

(وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر) وهو زهر القرطم (فبدرهم) أي فأجرتك

وإن صبغته بزعفران فبدرهمين . وكذا إذا خيره بين شيتين بأن قال
أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة ، وكذا
إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى
الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء ،
وإن خيره بين أربعة لم يحز والمعتبر في جميع ذلك البيع ،

تكون بدرهم (وإن صبغته بزعفران فبدرهمين) بفتح الزاي والفاء جميعاً (وكذا إذا خيره)
أي وكذا يصح إذا خيره الأجر المستأجر (بين شيتين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً
بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة) فأي دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة
(وكذا إذا خيره) أي وكذا يجوز إذا خير المستأجر (بين مسافتين مختلفتين بأن قال
أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا) يلزمه عشرة ، وإن سافر
إلى واسط يلزمه خمسة .

(وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء) أي في الصور المذكورة بأن قال إن خطته فارسياً
فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، وإن خطته تركياً أو نحو ذلك فلك ثلاثة
درام ، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمى ، وكذلك إذا قال إن صبغته بعصفر
فلك درهم ، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان ، وإن صبغته بورس ونحوه فلك ثلاثة
درام . وكذا لو قال إن سكنت هذه الدار كل شهر فعليك خمسة ، وإن سكنت هذه
فعليك عشرة ، إن سكنت هذا فخمسة عشر . وكذا قال أجرتك هذه الدابة إلى بغداد
بعشرة أو إلى واسط بخمسة عشر أو إلى الكوفة بخمسة عشرة .

(وإن خيره بين أربعة لم يحز) أي وإن خير بين أربعة أنواع من الفعل لم
يجز بأن قال إن خطته فارسياً فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، وإن خطته
تركياً فثلاثة ، وإن خطته هندية فأربعة وقس الباقي على هذا وكذلك الزراعة جاز إلى
الثلاثة ، كما إذا قال للمزارع إن زرعته بغير كراب فلك ربع الخارج ، وإن زرعته
بكراب فلك ثلاثة ، وإن زرعته بكرابين فلك نصفه وإلى ذلك عمل فله شرط .
(والمعتبر في جميع ذلك البيع) فإذا باع أحد الثوبين أو أحد الأثواب الثلاثة جاز ،

والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار . ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة « رح » لا يجاوز به نصف درهم .

وإذا باع أحد الأتواب الأربعة لم يجز فكذا في الإجارة (والجامع) في وجه إلحاق الإجارة بالبيع في هذه الصور (دفع الحاجة) أي حاجة الناس وضرورتهم . ثم أشار إلى بيان الفرق بينها من وجه بقوله (غير أنه) أي إن الشأن (لا بد من اشتراط الخيار في البيع) فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيها شاء يكون للمشتري الخيار ، وكذا إذا خيره بين الثلاثة (وفي الإجارة لا يشترط ذلك) أي الخيار (لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً) فلا يحتاج إلى إثبات الخيار .

(وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار) وبهذا التعليل خرج الجواب عما قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع والنكاح حيث يفسدان بالشرط ولا تفسد الإجارة ، فإنه لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو ابنتي فلانة بمائة دينار فقال قبلت كان باطلاً .

(ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة رحمه الله) لأن الشرط الأول جائز ، والثاني فاسد ، ولهذا يجب المسمى في الأول وأجر المثل في الثاني (لا يجاوز به نصف درهم) أي لا يجاوز بأجر المثل نصف درهم ، لأنه هو المسمى في اليوم الثاني .

وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم .
وقال أبو يوسف ومحمد « رح » الشرطان جائزان . وقال زفر « رح »
الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد ،

(وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم) ذكر هذا تنبيهاً على اختلاف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا خاطه في اليوم الثاني فالأول ما ذكره القدوري وهو الصحيح ، والثاني ما ذكره في الجامع الصغير لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فإن خاطه في اليوم الثاني يأتي بيانه عن قريب . وقال الكرخي رحمه الله في مختصره فإن خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعاً .

واختلف عن أبي حنيفة « رح » في أجر المثل على ما حكاه في الوجه الأول يزداد على أجر الأول ولا ينقص من الأجر الثاني . وروى عنه إن كان أجر مثله أقل من الأجر الثاني فله الأقل من الأجر الثاني . وقال في الإملاء في هذه المسألة له أجر مثله لا يتجاوز به درهم انتهى . وقال القدوري في شرحه واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا خاطه في اليوم الثاني ، فقال في إحدى الروايتين له أجر مثله لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، وهذا رواية الأصل والجامع الصغير . ورواية محمد في الأصل وإحدى الروايتين عن ابن سبعة عن أبي يوسف في نوادره وإحدى روايتي ابن سبعة أيضاً عن محمد في نوادره . وروى ابن سبعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله في نوادره رواية أخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزداد على نصف درهم وهي الرواية الصحيحة ، انتهى . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير عن أبي حنيفة « رح » في النوادر أنه يجب في شرط الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم وينقص عنه وهو اختيار الكرخي .

(وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) ففي أيهما خاط يستحق المسمى فيه (وقال زفر الشرطان فاسدان) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في ظاهر مذهبه والثوري وإسحاق وهو القياس (لأن الخياطة شيء واحد) لأنه استأجره على

وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل ، فيكون مجهولاً ، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان . ولهما أن ذكر اليوم للتأقبت وذكر الغد للتعليق فلا يجمع في كل يوم تسميتان . ولأن التعجيل والتأخير مقصودان

مطلق الخياطة فالفعل غير مختلف وإنما يختلف الزمان (وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل) أى بمقابلة شيء واحد الذي هو الخياطة ، وأراد بالبدلين هو درهم ونصف درهم . وأراد بقوله على البذل على طريق البذل (فيكون مجهولاً) أى فيكون البذل الذي هو الاجر مجهولاً فصار كأنه قال خطته بدرهم ونصف درهم وهو باطل ، فكذا هذا .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن ذكر اليوم للتعجيل) لا للتوقيت لانه خال إفراد العقد باليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا هنا (وذكر الغد للترفيه) لا للإضافة والتعليق ، ولهذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال خطته غداً بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم (فيجتمع في كل يوم تسميتان) فيبطل العقد للجهالة . بيان ذلك إما في اليوم الاول فلان ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابت اليوم مع عقد اليوم . وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق ، لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد ، فهذا بيان اجتماع التسميتين في كل يوم .

(ولهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن ذكر اليوم للتأقبت) لانه حقيقة ، فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصر على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى إلى الغد ، بل ليقضي بانقضاء الوقت (وذكر الغد للتعليق) أى للإضافة ، لان الإجارة لا تقبل التعليق ، لكن تقبل الإضافة لم يكن العقد ثابتاً في الحال . وقال الكاكي ولهذا ذكر في بعض النسخ وذكر الغد للاضافة (فلا يجمع في كل يوم تسميتان) فيصح الشرطان (ولان التعجيل والتأخير مقصودان) دليل آخر لهما ، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع

فنزول منزلة اختلاف النوعين . ولأبي حنيفة أن ذكر الغد
للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه
فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل . وإذا كان كذلك يجتمع في الغد
تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني

بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصوداً (فنزل) باختلاف الغرض (منزلة
اختلاف النوعين) من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية .

فإن قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لها لم يجعلنا كذلك
ما هنا ، قلت هنالك حملاً على المجاز تصحيحاً للعقد ، وما هنا حملاً على الحقيقة للتصحيح
أيضاً ، إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان في صحة العقد ، والأصح
تصحيح تصرف العاقل ما أمكن .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذكر الغد للتعليق) أي للإضافة ، ويجوز أن يقال عبر
عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية
الأولى باقية وإنما هو يحيط النصف لأمر التأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق ، أي
للتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير (حقيقة) أي من حيث الحقيقة ، فإذا كان
حقيقة وأمکن العمل بها لا يصار إلى المجاز فلا يجتمع تسميتان في اليوم (فلا يمكن حمل
اليوم على التأقيت) الذي هو حقيقة اليوم (لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل)
فإذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجبر مشتركاً ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجبر
واحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم
يعمل . وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتنافي اللوازم يدل على
تنافي الملازمات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي للتأقيت إلى المجاز الذي
هو التعجيل .

(وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول) أي الشرط
الأول (ويجب المسمى ويفسد الثاني) أي الشرط الثاني (ويجب أجر المثل) لا مقتضى

ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في
اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من
نصف درهم ،

الإجارة الفاسدة . قيل في جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية ، وفي
جعله للتوقيف فساد الأولى وصحة الثانية ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكما .
أجيب بأن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى ، والضمان غير معتبرة .

قيل هذا يشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتم ، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيف
وفساد العقد ، وما هنا للتعجيل وصحته . أجيب بأن ذكر اليوم للتأقيف حقيقة فلا يترك
ما لم يمنع مانع كما نحن فيه ، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنع لذلك وقام الدليل على
المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير ، بخلاف حالة الإنفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان
التأقيف مراداً ، وفسد العقد ، ورد بأن دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير
التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال . وأجيب أن الجواز بظاهر الحال في حيز
التزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك ، وليس بوجود بخلاف ما نحن فيه ، فإن نقصان
الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال .

(لا يجاوز به نصف درهم) أي بأجر المثل . قد قلنا فيما مضى أن هذا إسناد الفعل
بالجار والمجرور على رأي الكوفيين ، فيكون الثاني محل الرفع ، ونصف درهم منصوب على
المفعولية . وقال زفر والثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (لأنه) أي نصف درهم (هو
المسمى في اليوم الثاني) فإن قلت فالدرهم أيضاً سمي في اليوم الثاني لأن اليوم جعل للتعجيل
فصار وجوده كدمه ، فيكون ذكر الدرهم موجوداً في الفقد فلا يكون راضياً بحط
نصف من الدرهم قلت هذا مسلم ، لكن ذكر النصف في الفقد بطريق التصريح ، بخلاف
ذكر الدرهم فهو مصرح في اليوم دون الفقد .

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) لما أعاد لفظ الجامع
ليبين الدليل على اختلاف الرواية ، ولكن لو ذكره هناك كان أولى وأبعد من التكرار

لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني ، فيعتبر لمنع الزيادة ،
وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فان خاطه في اليوم الثالث لا
يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة وهو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض
بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى . ولو قال إن
أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر ، وإن أسكنته
حداداً فبدرهمين جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند
أبي حنيفة . وقالوا الإجارة فاسدة . وكذا إذا استأجريتاً على أنه إن

ظاهراً . وقال الأترابي إنما أعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة بين رواية الجامع والرواية
الأولى . قلت هذا وقوع فيما هرب منه ، لأنه بين هناك تلك المخالفة ، وإنما الإعادة لما
ذكرنا (لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان) منع الزيادة عن الدرهم ومنع النقصان عن نصف درهم .

(فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وهو
الصحيح) احترز به عن الرواية الأخرى ، وهو أنه لا يزداد على درهم ولا ينقص عن
درهم ، كذا في التقریب (لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد
أولى) بان لا يرضى . وأما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف الدرهم ولا يزداد عليه ،
ذكره في الايضاح .

(ولو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً) أي حال كونك عطاراً ، وفي بعض
النسخ إن أسكنته عطاراً فعلى هذا يكون عطاراً مفعولاً (فبدرهم) أي فالأجرة بدرهم
(في الشهر ، وإن أسكنته حداداً) أي حال كونه حداداً . وفي بعض النسخ وإن
أسكنته حداداً فعلى هذا يكون حداداً مفعولاً (فبدرهمين) أي فالأجرة بدرهمين
(جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقالوا الاجارة فاسدة) وبه قالت الثلاثة (وكذا) أي على الخلاف (إن استأجر

سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حداً فبدرهمين فهو جائز
 عند أبي حنيفة «رح». وقال لا يجوز. ومن استأجر دابة إلى
 الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز،
 ويحتمل الخلاف. وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كـ
 شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كـ حنطة فبدرهم فهو جائز في
 قول أبي حنيفة «رح». وقال لا يجوز. وجه قولهما أن المعقود
 عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشئتين وهو مجهول والجهالة توجب

بيناً على أن يسكن فيه فبدرهم (يعني أن يسكن هو بنفسه فالأجرة بدرهم) وإن سكن
 فيه حداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة «رح»، وقال لا يجوز.

(ومن استأجر دابة إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح
 الراء مدينة قديمة عند الكوفة (بدرهم وإن جاوز بها) أي بالدابة المستأجرة (إلى
 القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف) يعني حكم هذه المسألة يحتمل الخلاف،
 لأن محمداً «رح» ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ولم يجعل فيه خلافاً فيحتمل أن
 يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز كما في
 نظائرها من المسائل. وفي الغاية مال الفقيه أبو الليث إلى الاتفاق يعني أن فيها يجوز
 بالاتفاق. ومال فخر الإسلام إلى الخلاف يعني أن المذكور فيها قول أبي حنيفة «رح».
 وعندهما لا يجوز وإليه ذهب المعتابي وغيره.

(وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كـ شعير فبنصف درهم، وإن حمل
 عليها كـ حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة «رح». وقال لا يجوز) الكـ بضم
 الكاف وتشديد الراء (وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول، وكذا الأجر أحد الشئتين
 وهو مجهول، والجهالة توجب الفساد) أي الجهالة الواحدة توجب الفساد،
 فكيف الجهالتان.

الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل ،
وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية
والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما . ولأبي
حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة
الرومية والفارسية ، وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إساكنه الحداد ،
ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد . وكذا في أخواتها
والإجارة تعقد للانتفاع ،

(بخلاف الخياطة الرومية والفارسية) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال
مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة . وتقرير
الجواب أن يقال بالفرق بينهما (لأن الأجر) أي ثمة (يجب بالعمل ، وعنده ترتفع الجهالة
أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية) في الدار والدكان (والتسليم) من الدار
والدكان والدابة (فتبقى الجهالة) لأن الأجر مجهول عند التسليم فيفضي إلى المنازعة
(وهذا الحرف) أي هذا المعنى وهو قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتنتفي الجهالة
(هو الأصل عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحم .

(ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين) أن السكنى وعمل الحداد
مختلفان (فيصح) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد (كما) يصح (في مسألة الرومية
والفارسية وهذا) أي كونهما مختلفين (لأن سكناه بنفسه يخالف إساكنه الحداد . ألا
ترى أنه) أي إساكن الحداد ، قاله صاحب العناية ، والصحيح أن الضمير للشأن ، وأشار
إلى إساكن الحداد بحرف الإشارة بقوله (لا يدخل ذلك في مطلق العقد) أي لا يدخل
إساكن الحداد في مطلق عقد الإجارة (وكذا في أخواتها) يعني إذا استأجر ليركب هو
بنفسه ليس له أن يركب غيره (والإجارة تعقد) جواب عن قوله تحت الأجر بالتخلية ...

وعنده ترتفع الجهالة ، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم .
يجب أقل الأجرين للتيقن به .

إلى آخره ، وتقديره أن الإجارة تعقد (للانتفاع وعنده) أي عند الانتفاع (ترتفع
الجهالة) أما ترك الانتفاع من التمكن فنادر ولا معتبر به .

(ولو احتيج إلى الإيجاب) أي إيجاب الأجر (بمجرد التسليم) أي بمجرد التخلية
بأن يسلم ولم ينتفع به (يجب أقل الأجرين) كما إذا ذكر درهما ودرهمين فالدرهم أقل
للأجرين ، وبعضهم قال يجب في كل واحد منهما نصفه ، لأن السكنى إذا لم توجد يكون
التسليم لهما لعدم أولوية أحدهما من الآخر فيجعل النصف لهذا أو النصف للآخر ، فيجب
نصف كل واحد منهما . وقيل يجب الأول وينتصف الفضل (للتيقن به) أي بالأقل إذ
الفضل لا يجب بالشك .

* * *

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبداً ليعلمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك،
لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق،
ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه

(باب إجارة العبد)

آخره عن الحر لانحطاط درجته في المعاملات .
(قال) أي القدوري « رح » (ومن استأجر عبداً ليعلمه فليس له أن يسافر به إلا
أن يشترط ذلك) أي السفر كإسكان الحداد والقصار ، وحتى لو سافر به بضمن لمولاه ، لأنه
صار عاصياً . ولو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا خلافاً للثلاثة « رح » (لأن خدمة السفر
اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق) أي إطلاق العقد ، واعترض بأن المستأجر في
ملك منافعه كالمولي ، وللمولي أن يسافر بعبده ، فكذا المستأجر . وأجيب بأن المولى إنما يسافر به
لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض لمن ادعى داراً أو صالحه المدعي عليه على خدمة عبد
سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنة الرد
في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء العقد فبالإخراج يلزمه ما لا يلزم في الصلح ليست
مؤنة الرد على المدعي عليه ، لأنه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالوصى له بالخدمة ،
فمؤنة الرد عليه دون الوارث .

(ولهذا) أي ولاشتمال السفر على زيادة مشقة (جعل السفر عذراً) فإن استأجر
غلاماً ليعلمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الإجارة لأنه لا يتمكن
من المسافرة به (فلا بد من اشتراطه) أي إذا كان كذلك فلا بد من اشتراط السفر

كإسكان الحداد والقصار في الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب . ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر . وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل ، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر ،

(كإسكان الحداد والقصار في الدار) فإنه ليس له ذلك إلا بالاشتراط (ولأن التفاوت بين الخدمتين) أي خدمة الحضر وخدمة السفر (ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب) فإنه استأجر دابة ليركب نفسه فليس له أن يركب غيره للتفاوت بين الركبين فكذلك ما هنا .

(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر) أراد أنه أعطاه الأجر بعد العمل (فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) أي ليس له أن يسترد الأجر منه . وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجز ذلك ، وليس للمستأجر أن يأخذ الأجر ، انتهى . قال الحاكم في الكافي وإذا أجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليعلمه فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى ، لأن المستأجر صار ضامناً فلا يجتمع الأجر والضمان ، ولكننا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد ويدفعه إلى مولاه ، ويجوز الإجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الإجارة لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولى ، وكذلك الجواب إذا كان قبض الإجارة في حال رقه ويكون للعبد منها حصة ما بقي ، وللمولى حصة ما مضى .

(وأصله) أي أصل هذا الحكم (أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز) الإجارة (لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) في العهد فيصير

فصار كما إذا هلك العبد . وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة . وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح » . وقالوا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على ما مر . وله أن الضمان

كالغاصب بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (وصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لانه ضامن بالغصب ، والأجر بالضمان لا يجتمعان . وعند الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل .

(وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، فإذا جاز ذلك) أي العقد بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الاجرة لانه هو العاقد وقبض البدل ، ومتى صح قبضه (لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) يعني لم يكن له أن يرد الاجر منه ، وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل ، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية ، وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك ، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصباً .

(ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) قيد بقوله فأجر العبد نفسه لانه لو أجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك وضمن على الغاصب بالاكل باتفاق . وعند الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو أجر العبد نفسه ، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة إلا بوكالة المولى ، لانه هو العاقد (وقالوا هو ضامن ، لانه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الاجارة قد صحت على ما مر) أشار به إلى وجه الاستحسان المذكور آنفاً ، وبه قالت الثلاثة « رح » .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز ، لان

إنما يجب بإتلاف مال محرز ، لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب ، لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده . وإن وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ، ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر . ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز ، والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز

(التقوم به) أي تقوم المال يثبت بالاحراز (وهذا) أي هذا المال (غير محرز في حق الغاصب ، لان العبد لا يحرز نفسه عنه) أي عن الغاصب (فكيف يحرز ما في يده) وهذا لان الاحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه ، ويد الغاصب ليست لهما ، ويد العبد كذلك ، لانه في يد الغاصب .

فإن قيل الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه والاحراز فيه . أجيب بأنه تابع للأم لكونه جزءاً منها وهي محرزة ، بخلاف الاجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة .

(وإن وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه ، لانه وجد عين ماله) ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع ، فإنه يأخذ إذا وجد ولا يضمن بإتلافه عندنا (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) أشار به إلى قوله والمنافع مأذون فيه ، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فإنه يحصل بالاداء إليه .

(ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز والاول منهما) أي والشهر الاول من الشهرين (بأربعة ، لان الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز) أي طلباً لصحة العقد ، كما لو سككت عليه فقال استأجرت

ونظراً إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة .
ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر
الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر آبق أو مرض حين أخذته ،
وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول
المستأجر . وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر لأنهما
اختلفا في أمر محتمل

عبدك هذا شهراً هكذا فإنه ينصرف إلى ما يليه تحريماً لصحة العقد ، فكذا هذا . تقريره
أنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التكبير فلم لم يتعين الشهر الذي يليه يكون الشهر
مجهولاً والاجارة تفسد بالجهالة ، فصرفناه إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز (و نظراً إلى
تنجز الحاجة) فإن الانسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها
عند العقد . وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه (فينصرف الثاني
إلى ما يلي الأول ضرورة) وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهراً بخمسة
قالا الأولان بدرهمين ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وقال الشافعي وبعض أصحاب أحمد
لا يصح هذا العقد حتى يسمي السنة أو الشهر ويذكر أي سنة أو أي شهر فيما إذا قال
أجرتك شهراً أو سنة .

فإن قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرأ مجهولاً ، والمذكور في الكتاب ليس
كذلك قيل له المذكور في الكتاب قول المستأجر ، واللام فيه للعهد لما كان في كلام
المؤجر من المنكر ، فكان المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة .
(ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق
أو مريض) أي والحال أنه آبق أو مريض (فقال المستأجر آبق أو مرض حين أخذته ،
وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر) أي لا يجب
الاجر وبه قال أحمد في رواية (وإن جاء به) أي بالعبد (وهو صحيح فالقول قول
المؤجر) أي المالك ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في روايه (لأنهما اختلفا في أمر

فيرجع بحكم الحال ، إذ هو دليل على قيامه من قبل ، وهو يصلح
مرجحاً وإن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء
الطاحونة وانقطاعه .

محتمل فيرجع بحكم الحال) وفي بعض النسخ فيترجح (إذ هو) أي الحال (دليل على
قيامه) أي قيام أمر محتمل (من قبل) أي من قبل الاختلاف (وهو يصلح مرجحاً)
أي الحال يصلح مرجحاً ، هذا جواب سؤال وهو أن يقال الحال يصلح للدفع عندنا
للاستحقاق كما عرف في الأصول ، فإذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق
الاجر ومطالبة المستأجر بالاجر فالحال حينئذ كانت موجبة للاستحقاق . فأجاب
بقوله وهو يصلح مرجحاً (وإن لم يصلح حجة في نفسه) يعني إن الاستحقاق يثبت هنا
بالمعد وتسليم العبد إليه في المدة لكن المستأجر يدعي ما ينافي الوجوب معرضاً بعد
ظهور السبب ، والظاهر يكفي شاهداً للمؤجر في إنكاره فيكون مرجحاً لكلام المؤجر
لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة .

(أصله) أي أصل هذا الحكم . وقال الكاكي أي أصل هذا الاختلاف بين المالك
والمستأجر (الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه) فإنه بحكم الحال . فإن كان
الماء منقطعاً وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى ، وإن كان جارياً فالقول لرب
الرحى مع يمينه . ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستأجر والبينة للمؤجر ، وعلى
هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقال المولى أعتقتك بعد الولادة والولد ملكي ، وقالت
أعتقتني قبل الولادة . وقد عتق بإعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده ، واعتبار الولدين
لا بعلم الحال . وكذا لو باع شجراً فيه ثم قال البائع بعث الأشجار دون الثمار ،
والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر إن كان الثمار في يد البائع فالقول له ، وإن
كان في يد المشتري فالقول للمشتري ، كذا ذكره التمراشي والمحبوبي .

فروع : قال الحاكم في الكافي رجل أجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة

فخدمه ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد بالخيار إن شاء فسخ الاجارة وكان أجر ما مضى عليها وللعبد أجر ما بقي من المدة ، إلا أن المولى هو الذي يقول قبض جميع الاجرة وليس للعبد نقضها بعدما اختار المضي عليها . وإن كان المستأجر عجل الاجر كلها للمولى قبل أن يعمل شيئاً في أول الاجارة ، فالاجرة كلها للمولى إذا اختار العبد المضي على الاجارة ، لان المولى ملك الاجرة قبل عتقه ، فإن كانت الاجرة شيئاً معيناً في جميع هذه الوجوه فالجواب فيه كالجواب في الدرام .

وأما صداق المرأة المعتقة إذا اختارت النكاح فهو للمولى إن كان قبضه أو لم يقبضه ، لانه وجب بالعقد والآخر يجب يوماً فيوماً إذا لم يكن قبضه كذلك . الجواب في العبد إذا أولى إجارة نفسه بإذن المولى ، لان العبد هو الذي يلي القبض وهو الذي يطالب بالرد ما يجب رده من المقبوض عند الفسخ ويرجع به هو على المولى عيناً كان ذلك في يد المولى أو مستهلكاً ، لانه إنما وجب بعد العتق وانفسخ . وكذلك الامة إذا زوجت نفسها بإذن مولاهم أعتقت فلها الخيار ، وكذلك الصبي إذا أجره الوصي في عمل فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار في المضي على الاجارة أو فسخها ، وكذلك الاب إذا أجر ابنه ثم أدرك الابن . ولو كان الاب أو الوصي أجر دار الصبي سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الاجارة لانها في ماله بمنزلة وكيل الكبير .



باب الاختلاف

قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء ، وقال الخياط قميصاً . أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب ، لأن الإذن يستفاد من جهته . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر

(باب الاختلاف)

لما ذكر اتفاق المتعاقدين شرع في بيان اختلافهما وهو فرع ، فلذلك أجره .
(قال) أى القدوري (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء . وقال الخياط قميصاً ، أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) أى مع يمينه ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور « رح » . وقال أحمد وابن أبي ليلى والشافعي « رح » في قول القول للخياط والصباغ . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » له قول ثالث ، وهو إنها يتحالفان كالتبايعين يختلفان في الثمن ، وإذا تخالف سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر ، وبعضهم قال الصحيح أن القول لرب الثوب (لأن الإذن يستفاد من جهته) أى من جهة رب الثوب .

(ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله) بأن أنكر عقد الاجارة أصلاً كان القول لصاحب الثوب (فكذا إذا أنكر صفته) أي صفه الاذن ، بخلاف المضاربة لأن الأصل في المضاربة العموم في انواع التجارة فالخصوص عارض ، فكان القول لمن ينكر

صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه . قال وإذا حلف
فالحياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن
شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف
إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه
أجر مثله لا يجاوز به المسمى . وذكر في بعض النسخ يضمه ما زاد
الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب .

العارض (لكنه يحلف) أي صاحب الثوب (لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه) أي بذلك
الشيء لزمه ذلك الشيء بإقراره .

(قال وإذا حلف فالحياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل) أي قبيل باب الاجارة
الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء (انه بالخيار إن
شاء ضمنه ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله) لا يجاوز به المسمى (وكذا يخير في مسألة
الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر
مثله لا يجاوز به المسمى) واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان على المأمور به والأجير
خالف ، وهما قد اختلف في ذلك ، وكيف يكون هذا مثل ذلك . وأجيب بأنها مثلها
انتهاء لا ابتداء ، إلا انه ذكر هذا الحكم هنا بعد بين صاحب الثوب ، ولما حلف كان
القول قوله فلم يبق الخلاف الآخر اعتباراً ، فكانتا في الحكم سواء .

(وذكر في بعض النسخ) أي بعض نسخ القدوري (يضمه ما زاد الصبغ فيه) أي
يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ ، فالأول أعني قوله لا يجاوز به المسمى
ظاهر الرواية ، والثانية أعني قوله يضمه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعه عن محمد .
وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرب
والصابون من عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشترياً للصبغ حتى تعتبر القيمة عند
فساد السبب .

وجه رواية ابن سماعه ما أشار إليه بقوله (لأنه بمنزلة الغاصب) يعني إن الصباغ بمنزلة

وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر ، وقال الصانع بأجر
فالقول قول صاحب الثوب ، لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يقوم
بالعقد وينكر الضمان ، والصانع يدعيه والقول قول المنكر .
وقال أبو يوسف « رح » ، إن كان الرجل حريفاً له أي خليطاً
له فله الأجر وإلا فلا ، لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر
جريباً على معتادهما .

الغاصب والحكم في الغصب كذلك وهو أن الغاصب إذا صبغه أحمر أو أصفر فإن شاء رد
الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه فكذلك هنا . وفي خلاصة الفتاوى
والصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر فكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء
أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا أجر له ، ولو صبغ رديناً إن لم يكن فاحشاً لا يضمن
وإن كان فاحشاً بحيث يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش يضمن قيمته ثوب أبيض . وفي
المحيط لو أمره أن يصبغه بزعفران أو بقم فصبغه غير ما سمى إلا أنه لم يشبع صبغه وقد
أمر صاحب الثوب أن يشبعه فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وسلم له الثوب ،
وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يزداد على المسمى في الأصل إلى هنا لفظ الخلاصة .

(وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر فقال الصانع بل بأجر فالقول قول
صاحب الثوب) عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال أصحاب الشافعي « رح » ، (لأنه) أي
لأن صاحب الثوب (ينكر تقوم عمله إذ هو) أي العمل (يتقوم بالعقد وينكر الضمان
والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف إن كان الرجل حريفاً له أي خليطاً
له) بأن تكون تلك المعاملة منها بأجر حريف الرجل من يكون بينه وبينه أخذ وإعطاء
ومعاملة ، وأصله من الحرفة والاحتراف وهو الاكتساب (فله الأجر وإلا فلا) أي وإن
لم يكن حريفاً له فلا أجرة (لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريباً على معتادهما)
أي سبق ما بين رب الثوب والصباغ مثلاً من التعامل والتقاطع على الأجر يعين جانب
الطلب جريباً على عاداتهما من التعامل بالأجرة .

وقال محمد إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر . والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع ، والحاجة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

(وقال محمد إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر) بأن اتخذ دكاناً وانتصب لعمل الصباغة أو القصارة (فالقول قوله ، لأنه لما فتح باب الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر) وبه قال مالك وأحمد رحم . قال شيخ الإسلام وصاحب المحيط الفتوى على قول محمد (والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر) للإجارة والمنافع لا تقوم إلا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع إلى آخر عيناً ثم اختلفا فقال الدافع قرض . وقال الآخر هبة فالقول لمن يدعي القرض ، لأن العين متقوم بنفسه فالآخر يدعي الإبراء عن قيمته فالقول لمنكر الإبراء وهو مدعي القرض .

(والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع) أي الظاهر يصلح للدفع عن نفسه (والحاجة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم) لا للدفع ، نظيره دار في يد رجل فزعم آخر أنه ملكه فالقول للذي في يده ، وإن كان غيره يدعيها ولا شرع في يد بلا حجة ، فلو بيعت داراً يئنبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة أنه ملكه ، لأن ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للإستحقاق والأخذ من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة ، كذا هنا .

فروع : قال الاسبيجاني في شرح الكافي ولو أسلم ثوب إلى صباغ يصبغه أحمر فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب صبغته بدانقين فاني أنظر إلى ما زاد الصبغ فيه فإن كان درهماً أو أكثر فله درهم لأن الحال يصلح حكماً في الباب ، فكان القول قول من يشهد له الظاهر مع

يمينه ، وإن كان أقل من دانقين أعطيته بعد أن يحلف رب الثوب صبغه إلا بدانقين ، وإن كان الصبغ سواد فالقول قول رب الثوب مع يمينه لأنه يدعي عليه زيادة أجر وهو ينكر ولو قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر كان القول قوله لأن السواد ينقض الثوب ، أما إذا كان صبغاً يزيد في الثوب فقال رب الثوب صبغته بغير أجر ، وقال الصباغ صبغته بدرهم فأنها يتحالفان لأن هذا يدعي الهبة والآخر يدعي التجارة فكان كل منهما مدعياً ومدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في مقدار الأجرة ولا يجوز به درهم . ولو اختلف رب الثوب في مقدار الأجر فإن كان لم يأخذ في العمل تخالفاً وتراداً أو أن كان بعده فالقول قول رب الثوب ولا يتحالفان ، وكذلك لو قال عملته لي بغير أجر فالقول قول رب الثوب لأن العمل يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد .



باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ ، لأن
المعقود عليه المنافع

(باب فسخ الاجارة)

تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة ، لأن الفسخ دفع العقد السابق فبالضرورة
هو متأخر .

(قال) أي القدوري (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ)
أي فله مستأجر ولاية الفسخ ، قيد العيب بلا ضرار والسكنى لأنه إذا كان عيباً لا يضر
بالسكنى كحائط سقط لم يكن محتاجاً إليه في السكنى لم يثبت الخيار . وكذا لو كان
المستأجر عبداً للخدمة فسقط شعره أو ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يصير بالخدمة لم
يثبت الخيار ، كذا في الإيضاح . وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا سقط حائط أو انهدم
بيت من الدار المستأجرة للمستأجر أن يفسخ ولا يملك الفسخ بعينه المالك بالإجماع ، لأن
هذا رد بالعيب وذلك لا يصلح إلا بحضرة المالك بالإجماع ، إنما الخلاف في الرد بخيار
الشرط . وإن انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرة المالك ، لكن الإجارة لا
تنفسخ ما لم يفسخ ، لأن الانتفاع بالعرضة ممكن ، وإليه ذهب خواهر زادة . وفي إجازات
شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح انه لا تنفسخ الإجارة ، لكن سقط الأجر
عنه ففسخ أو لم يفسخ . وإذا استأجر أرضاً للزراعة فزرع فاصطلحه آفة وجب أجر ما
مضى وسقط أجر ما بعد الاصطلام .

(لأن المعقود عليه المنافع) هذا دليل على المذكور . وقيل هذا دفع شبهة ترد على
الإجارة من جانب البيع وهي أن يقال إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع والعيب الحادث

وأنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض
فيوجب الخيار كما في البيع . ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة
فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع ، وإن فعل
المؤاجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه . قال وإذا
خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الإجارة ، لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة

في البيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد ، فكان ينبغي أن لا يرد في الإجارة بعد القبض
أيضاً ، فأجاب عنه بقوله لأن المعقود المنافع (وأنها توجد شيئاً فشيئاً) يعني شيئاً بعد
شيء ، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء (فكان هذا عيباً حادثاً قبل
القبض) وإن كان بعد القبض صورة (فيوجب الخيار) أي إذا كان الأمر كذلك فيوجب
الخيار (كما في البيع) فإنه إذا حدث فيه العيب قبل القبض ينفرد المشتري بالفسخ كذلك
هنا ، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن
الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع .

(ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل) وبه قال
الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد . وقال الشافعي في وجه لا يلزمه جميع الأجر (كما في
البيع) إذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ما هنا إذا رضي بالعيب لا يكون له
أن ينقص في أجرة الدار شيئاً في مقابلة العيب (وإن فعل المؤاجر ما أزال به العيب)
بأن أصلح في الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى (فلا خيار للمستأجر لزوال سببه)
أي سبب الخيار وهو العيب المضر بالسكنى قبل فسخ العقد .

(قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة) بكسر الشين (أو انقطع الماء عن
الرحى انفسخت الإجارة) وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب أحمد والشافعي «رح»
في الأرض التي انقطع ماؤها لم تنفسخ الإجارة كما قاله بعض أصحابنا على ما يجيء الآن إن
شاء الله تعالى (لأن المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت

قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر .
ومن أصحابنا من قال إن العقد لا يفسخ لأن المنافع قد فانت على
وجه يتصور عودها فأشبه الإباق في البيع قبل القبض . وعن محمد
« رح » أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا الأجر
وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ .

المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر) بفتح الجيم .
(ومن أصحابنا من قال) أراد بذلك شيخ الاسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما
فانهم قالوا (إن العقد لا يفسخ ، لأن المنافع قد فانت على وجه يتصور عودها) لأن
أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط ، وفي انقطاع
الماء لو فانت من كل وجه لكنه يحتمل العمود (فأشبه الإباق في البيع قبل القبض) وذلك
لا يوجب الانفساخ ، واستدل هؤلاء على صحة ما ذهبوا إليه بما روى هشام عن محمد « رح » ،
وأشار إليه المصنف بقوله (وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا
الأجر) يعني لو استأجر بيتاً فانهدم ثم بناها الأجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا
الأجر (وهذا تنصيص منه) أي هذا الذي روي تنصيص عن محمد (على أنه) أي على
أن عقد الاجارة (لم يفسخ ، لكنه يفسخ) يستحق الفسخ . وقال في الكافي وهو الأصح ،
وأما من قال بأنها تنفسخ فانهم أيضاً استدلوا على ذلك بما ذكره محمد في كتاب البيوع .
ولو سقطت الدار فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار حاضراً أو غائباً فهذا إشارة إلى
الانفساخ بمجرد انهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها ، لأنه رد بعيب وهو لا يصلح إلا
بحضرة المالك بالاجماع .

وفي الغاية والذي قال يفسخ بانهدام ثم يعود بالبناء ، ومثله جائز كما في الشاة المبعة
إذا ماتت في يد البائع يفسخ العقد ، ثم إذا دبغ جلدها يعود القدر بقدرها فكذا هذا ،
وهذا بخلاف السفينة إذا انقضت وصارت ألواحاً ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على
تسليمها إلى المستأجر ، لأن السفينة بعد النقص إذا أعيدت صارت سفينة أخرى ، ألا
تري أن من غصب ألواحاً وجعلها سفينة ينقطع حق المالك ، فأما عرصة الدار لا تتغير
بالبناء عليها .

ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من
الأجر بحصته ، لانه جزء من المعقود عليه . قال وإذا مات أحد
المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه

(ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه
جزء من المعقود عليه) هذا أورده تشبيها بالدابة على انه لا يفسخ بانقطاع الماء . وفي
الأصل إذا انقطع ماء الرحى يفسخ ويثبت الخيار للعائد ، فان لم يفسخ حتى عاد الماء
لزمه الاجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ ويرفع الأجر عنه بحساب ذلك ،
أي بحساب ما انقطع إنما في المدة ، لو لم يفسخها ومضت المدة فلا أجر عليه في ذلك .
ولو نقص ماء الرحى إن كان النقصان فاحشاً فله حق الفسخ وإلا فلا ، لأن مدة الاجارة
تأتى عن نقصان غير فاحش غالباً ويخلو عن نقصان فاحش .

قال القدوري في شرحه إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه فهو فاحش ، وفي
الخلاصة قال الناطفي إذا طحن نصف ما كان يطحن فللمستأجر رده أيضاً . ولو لم يرد
حتى طحن نصف ما كان يطحن فللمستأجر رده أيضاً . ولو لم يرد حتى طحن كان هذا
رضى منه وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك ، ثم في الخلاصة وهذه الرواية تخالف رواية
القدوري أن من استأجر رحى ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت الستة فعليه أجر
ستة أشهر ، وإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته . ولو استأجر
عبداً فمرض فهو كالرحى . وفي الشامل انكسار أحد الحجرين عذر ، فان أصلح رب
الرحى قبل الفسخ لا يفسخ . وفي شرح الكافي فان انقطع الماء عن الرحى فلم يعمل رفع
عنه من الأجر بحساب ذلك ، وله أن ينقض الاجارة ، فان لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته
الاجارة وانه اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستأجر لأنه ينكر تقرر الأجر
عليه . ولو قال المؤجر لم ينقطع الماء وقال المستأجر قد انقطع بحكم الحال فيكون
انقطاعه وجريانه في الحال دليلاً على الماضي ، لان الحال يصلح دليلاً على الماضي
عند الاشتباه .

(قال وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد) أى والحال أنه قد عقد (الإجارة لنفسه)

انفسخت الإجارة ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو
الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد ، لأنه ينتقل بالموت
إلى الوارث وذلك لا يجوز

انفسخت الإجارة (أي الإجارة ، وبه قال الثوري والليث . وقالت الثلاثة وأبو ثور
وإسحاق لا تنفسخ والإجارة بحالها ، ويقوم وارثها مقامها سواء مات أحدهما أو كلاهما ،
لان المنافع كالأعيان عندهم ، والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد كما لو زوج أمته ثم مات
(لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة
بالعقد) أي حال كونها مستحقة بالعقد ، والدليل على صيرورتها لغير العاقد مع كون
الاستحقاق بالعقد وهو قوله (لانه ينتقل بالموت) التحقيق هنا أن يجعل الضمير في انه
إلى ما يتركه الميت ، ويراد بالموت موت المورث ، والمعنى لان الذي يتركه الميت ينتقل
بالموت (إلى الوارث) ثم يرتب الحكم على هذا عند موت المؤجر ، أو مات المستأجر ،
أما إذا مات المؤجر فقد انتقلت رقة الدار إلى الوارث والمستحق عن المنافع التي حدثت
على ملكه فقد فات بموته فبطلت الإجارة لفوات المعقود عليه ، لان بعد موته تحدث
المنفعة على ملك الوارث .

وأما إذا مات المستأجر فلو بقي العقد لبقى على أن يخلفه الوارث وإذا لا يتصور ،
لان المنفعة الموجودة في حياته تلاشت ، فكيف يورث المعدوم ، والتي تحدث ليست
مملوكة له ليخلفه الوارث فيها إذ الملك لا يسبق الوجود ، وإذ ثبت انتفاء الارث تعين
بطلان العقد .

(وذلك لا يجوز) أي صيرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير العاقد حال
كونها مستحقة بالعقد لا يجوز ، وذكر اسم الإجارة باعتبار كون ذلك وهو عبارة عن
الصيرورة التي دل عليها قوله تصير المنفعة ولا يشكل ما ذكره بما إذا استأجر دابة إلى
مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق حيث لا تنفسخ الإجارة ، وللمستأجر
أن يركبها إلى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين ، وقد عقد لنفسه ولم
ينفسخ العقد ، لان ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى

وإن عقدها لغيره لم تنفسح مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف

في وسط المفازة ، ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر إليه فيستأجر الدابة منه ، حتى قال بعض المشايخ إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة . وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لعدم الضرورة ، وكان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري ، والمستحسن لا يورد الانقضاء على القياس ، كذا في المبسوط والذخيرة .

ونوقض أيضاً بموت الكل فإنه ينفسخ بموته مع انه غير العاقد ، وأجيب بأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد ، حتى لو كان العقد لغيره كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق عليه ، وقيل في جوابه وهو أحسن وهو انا قد قلنا أن كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم تلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد ، لأن العكس غير لازم في مثله .

وفي الخلاصة أحد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقاً لا تنفسخ الإجارة . وفي الاجناس إذا أجرة الأب ارض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة ، وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها ، ويبطل بموت الصبي والمستأجرة . وقال الكرخي في مختصره وإن مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الاجارة وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت .

وفي الاجناس لو أجرة الواقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة . وفي الذخيرة القياس أن يبطل وبه أخذ أبو بكر الاسكاف . وفي الاستحسان لا تبطل لأنه أجرة لغيره كالوكيل . وفي الاجناس ولو مات رب الإبل في بعض طريق المفازة للمستأجر أن يركبها على حاله وعليه الكرى المسمى الى أن يأتي مكة فيدفع ذلك إلى القاضي ، فإن شاء سلم له الكرى إلى الكوفة ، وإن شاء فسخ الاجارة . وفي كتاب الشروط لمحمد بن الحسن لو مات المكاري في مصر من الامصار وركب المستأجر ضمن إن هلك الإبل إلا بإذن القاضي .

(وإن عقدها) أى الاجارة (لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف

لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى . قال ويصح شرط الخيار في الإجارة . وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ، ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال ، وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه

لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى) وفي بعض النسخ لانعدام ما ذكرنا ، وأراد به قوله لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة ... إلى آخره .

(قال) أى القدوري (ويصح شرط الخيار في الإجارة) ويعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وبه قال أحمد « رح » (وقال الشافعي « رح » لا يصح) شرط الخيار ، وله في ثبوت خيار المجلس وجهان . ولو كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه ، وفي وجه لا يثبت فيها الخيار إن في وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط ، كذا في الحلية (لأن المتأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه) أي بعض المعقود عليه ، لأن بعضه فات في مدة الخيار ، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه ، مع أن رد الكل مستحق بالخيار ، فإذا لم يتمكن بطل .

(ولو كان) الخيار (للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال) لفوات بعضه في مدة الخيار ، فصار كما لو تلف بعض المبيع في يد البائع إذا باع بشرط الخيار (وكل ذلك) يعني من عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر وعدم إمكان التسليم أيضاً على الكمال إذا كان الخيار للمؤاجر (يمنع الخيار) أي ثبوته .

(ولنا أنه) أى أن عقد الإجارة (عقد معاملة) احترز به عن النكاح ، فإن مطلق المعاملة تنصرف إلى المعاوضات التي يلحقها الفسخ بالإقالة . وفي بعض النسخ عقد مقابلة أى معاوضة (لا يستحق القبض فيه في المجلس) احترز به عن الصرف والسلم ، فإن قبض البدل شرط فيها ، فلهذا لم يحز الخيار فيهما (فجاز اشتراط الخيار فيه) أي عقد الإجارة

كالبيع ، والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في
الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف
البيع ، وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة ،
فيشترط فيه دونها ، ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر
بعد مضي بعض المدة . قال وتفسخ الإجارة بالاعذار عندنا .

(كالبيع) أي كما يجوز شرط الخيار في البيع (والجامع بينهما) أي بين الإجارة والبيع ،
وأشار به إلى وجه القياس وهو (دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي
لثلايق فيه الغبن ، وأثبت الشارع فيه الخيار دفعاً لهذه الحاجة ، فكذلك الإجارة لأنه
يغبن فيها ، فشرع الخيار دفعاً للغرور ومنعاً للزوم .

(وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب) بالإجماع (فكذا)
لا يمنع الرد (بخيار الشرط ، بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه في
البيع يمنع الرد دون الإجارة (وهذا) أي الفرق بين البيع والإجارة (لأن رد الكل
ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط) أي رد الكل (فيه) أي في البيع (دونها) أي
دون الإجارة . وفي بعض النسخ دونه أي دون عقد الإجارة لما أن التكليف بحسب الوسع
والطاقة (ولهذا) أي ولكون رد الكل ممكناً في البيع دون الإجارة (يجبر المستأجر على
القبض إذا أسلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لأن التسليم بكامله غير ممكن ، وهذا
عندنا خلافاً للشافعي ، فعنده لا يجبر والمستأجر الفسخ في باقي المدة . صورته أن
يستأجر داراً سنة حتى مضى شهراً ثم تحاكلم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي
السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه من ذلك . وقال الشافعي للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي
بناء على أصله أن المنافع في حكم الأعيان ، فبفوات بعض ما يتناولها العقد يخير فيما بقي
لاتحاد الصفة ، وعندنا عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة فلا يمكن تفرق الصفقة مع
تفرق المعقود .

(قال) أي القدوري (وتفسخ الإجارة بالاعذار عندنا) وعند شريح تفسخ بعذر

وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب ، لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع . ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه ألا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا . وهو كمن استأجر حداداً ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع ، أو استأجر طباًخاً لطبخ له طعام الوليمة فاختلفت منه

وبغير عذر ، وبه قال ابن أبي ليلى « رح » ، فإن الإجارة عندهما عقد غير لازم لا عقد على المعلوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية . (وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) أي على المنافع كما يجوز على الأعيان (فأشبه البيع) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب ، فكذا الإجارة .

(ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) أي بالعذر (إذ المعنى) يجوز للفسخ (يجمعهما) أي يجمع الإجارة والبيع جميعاً (وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجهه) أي في موجب العقد (إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أي بالعقد (وهذا هو معنى العذر عندنا) فإن جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس (وهو) أي العذر والشافعي « رح » يحجج بهذه المسائل (كمن استأجر حداداً) أراد به قلاع السن وهو الذي يسمى المزين في عرف أهل مصر وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد ، فإن عندهم لا يقلع السن غالباً إلا الحداد (ليقلع ضرره لوجع به) أي لأجل وجع كائن بالضرر (فسكن الوجع) فإن الإجارة تنفسخ فيه (أو استأجر طباًخاً لطبخ له طعاماً للوليمة) أي العرس (فاختلفت

تفسخ الاجارة ، لان في الماضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بضمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين ، لان في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفترق إلى قضاء القاضي في النقض ، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي . ووجهه أن هذا

(منه) أي فاختلعت المرأة من الرجوع أو ماتت المرأة ، فإن الاجارة تنفسخ فيه ايضاً بالاجماع (تفسخ الاجارة ، لأن في الماضي عليه) أي على العقد (إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد) فيثبت له حق الفسخ دفعاً لذلك الضرر .

(وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا أجر دكاناً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بضمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين ، لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس) أي ذلك الضرر الزائد هو الحبس لأنه إذا بقيت الاجارة مع ذلك يحبس القاضي لقضاء الدين والحبس ضرر زائد (لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر) لا سيما إذا كانت له همار مستأجر .

(ثم قوله) أي قول القدوري في مختصره (فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفترق إلى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر) أي محمد (في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ووجهه) أي وجه ما ذكرنا في الجامع الصغير (أن هذا

بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر ، فيتفرد العاقد
بالفسخ . ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي .
ومنهم من وفق فقال إن كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء ،
وإن كان غير ظاهر كالدين محتاج إلى القضاء لظهور العذر . ومن
استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر

بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر (في البيع وغيره) فيتفرد العاقد بالفسخ ،
ووجه الأول (وهو الذي ذكره القدوري) أنه فصل مجتهد فيه (لأن فيه خلاف الشافعي
ومالك وأحمد) فلا بد من إلزام القاضي ليرتفع الخلاف .

(ومنهم) أي ومن المشايخ (من وفق) أي بين روايتي الجامع الصغير والزيادات
(فقال إن كان العذر ظاهراً) بأن اختلفت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر لطبخ طعام
الوليمة أو مات الولد إذا استأجره ليختنه أو برأت يداً إذا استأجر لقطعها من الأكلة
أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه (لا يحتاج إلى القضاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين
يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أي لأن يظهر العذر ، وصحح المحبوبي وقاضي خان هذا
وصحح شمس الأئمة ما ذكر في الزيادات ثم اختلفوا في فسخ القاضي ، قيل يبيع الدار
فينفذ البيع فتفسخ الاجارة ضمناً ، وإنما لا ينقض قصداً ، لأنه لو نقضها قصداً أو بما
لا يتفق المبيع فيكون النقص إبطالاً لحق المستأجر قصداً ، وانه لا يحوز ، وقيل يفسخ
الاجارة ثم يبيع الدار . وفي الذخيرة ولو اظهر المستأجر في الدار الشر كشرب الخمر
وأكل الربا والزنا واللواط يؤمر بالمعروف ، وليس للمؤجر ولا لجيرانه ان يخرجوه من
الدار وذلك لا يصير عذراً في فسخ الاجارة ، ولا خلاف للأئمة الاربعة في الجواهر إن رأى
السلطان أن يخرجهم فعل . وقال ابن حبيب لو أظهر الفسق في دار نفسه ولم يتمتع بالأمر
بالمعروف ، ويقول داري انا آتى فيها ما يثبت تباع عليه داره .

(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) يقال بدا لي في هذا الأمر بدا
أي تغير رأيي عما كان عليه ، وفلان زوید وأب إذا بدا له الرأي بعد الرأي ، كذا في

فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما
يذهب للحج فذهب وقته ، أو لطلب غريمه فحضر ، أو للتجارة فافتقر .
وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب
على يد تلميذه أو أجيره . ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب
على رواية الاصل . وذكر الكرخي أنه عذر لأنه لا يعرى عن
ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار . ومن أجر عبده ثم
باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد ، وإنما
يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد

المحمل . وقال ابن دريد بدا لي الشيء وبدا إذا ظهر ، وبدا لي في الأمر إذا ضربت عبدا
بدو أو بداء ، كذا في المجهرة (فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر
زائد ، لأنه ربما يذهب للحج) وفي بعض النسخ إلى الحج (فذهب وقته أو لطلب غريمه)
أى أو كان استأجر دابة ليذهب بطلب غريمه (فحضر) إلى غريمه (أو للتجارة) أو
استأجر دابة ليتجر عليها (فافتقر وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر ، لأنه يمكنه أن
يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره ، ولو مرض المؤاجر) أراد به المكاري
(فقعد) عن المضي (فكذلك الجواب على رواية الاصل) يعني كذلك ليس بعذر ، لأنه
يمكنه أن يرسل من تبس هذه العابه .

(وروى الكرخي انه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة) فهي
كالمرض (دون الاختيار) نحو ما بدا له عن السفر بتغير رائه (ومن أجر عبده ثم باعه
فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد) وهو إبقاؤه ، وما لزمه إلا
قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدة
(وإنما يفوته الاسترباح) بأن يتصرف فيه قبل مضي المدة (وانه) أى الاسترباح (أمر
زائد) إذ لو نقصنا الاجارة به ألسمت إجارة أبداً ولبطلت جرائح الناس ، ثم
هل يجوز .

وهذا البيع اختلفت الروايات فيه ، فقال شمس الأئمة والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع ، وإليه مال الصدر الشهيد ، حتى لو قال ينبغي أن يكتب المفتي في جوابه لا يجوز في حق المستأجر ولو جاز أيام الفسخ ينفذ البيع وتنفخ الاجارة . وعند الشافعي « رح » في قول ومالك ويصح البيع من المستأجر دون غيره . وقال في مختصر الطحاوي ومن أجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فيها ونقض البيع عليه فيها فإن بعضه كان منتقضا ولم يعد بعد ذلك ، وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الاجرة ثم ذلك البيع فيها وهو قول أبي يوسف « رح » القديم . وروى عنه أصحاب الاملاء انه قال لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيها والاجارة فيها كالعيب فيها ، فان كان المشتري عالماً به فقد برىء البالغ منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضاء الاجارة فيها ، وإن لم يكن علم بذلك كان بالخيار إن شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجده بها ، وإن شاء أمضاه .

وقال الاسبيجاني في شرح الطحاوي ومن أجر داراً ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري ، حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشتري ، وليس له أن يمنع عن الأخذ إلا اذا طالب المشتري البائع بالتسليم قبل انقضاء مدة الإجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما ، فانه لا يعود جائزاً بمضي المدة . ولو ان المستأجر أجاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة . ولو فسخ فانه لا يفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذه هذا في ظاهر الرواية .

وروى الطحاوي « رح » عن أبي حنيفة ومحمد « رح » أن المستأجر له أن ينقض البيع ، فإذا نقض البيع فإنه لا يعود . وروي عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة فيها كالعيب ، وقد ذكرنا حكمه الآن . ولو أجر داره من رجل ثم أجرها من آخر فإن عقد الثاني يكون موقوفاً على إجارة المستأجر الأول فإن أبطله بطل ، بخلاف البيع فإن هناك إن أبطله لم يبطل . والفرق أن عقد الإجارة على المنفعة وهي مملوكة للمستأجر الأول ، فان أجاز مالکها جاز وإلا لا . وأما البيع فإنما

قال وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده ، وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه . أما الذي يخيط بأجر فرس ماله الخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه .

يقع على العين وهي مملوكة للمؤجر ، إلا أن للغير حقاً فيه ، فإن زال حق الغير نفذ البيع . ولو أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية صحت الإجارة الثانية ، والأجرة للمستأجر الأول ، ولا يكون لصاحب الدار ، بخلاف البيع ، لأن هناك الثمن لصاحب الملك ، والفرق ما ذكرنا ، وبالإجارة لا يفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الثاني ، فإذا مضت فحينئذ مقتضى المدتان جميعاً إن كانت مدتها واحدة ، وإن كانت مدة الثاني أطول من مدة الأول فللأول أن يسكن الدار حتى تتم المدة .

وكذلك لو رهنها المؤجر قبل انقضاء مدة الإجارة والعقد جائز فيما بينه وبين المرتهن ، ولكن للمستأجر أن يجبس إلى أن تنتضي مدته . ولو رهن داره من رجل وقبضها المرتهن ثم باعها الراهن من آخر فالعقد جائز بين البائع والمشتري . وفي حق المرتهن لا يجوز ، وله أن يجبسه حتى يستوفي ماله ، فإذا افتكها الراهن يسلم الدار إلى المشتري ، إلا أن ما هنا إذا أجر المرتهن جاز ويسلم الدار إلى المشتري والثمن يكون رهناً مكان الدار لأن له حق حبس العين ، وكذا بدله .

(قال وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله ، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه) بأن يشتري الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف أهل الكوفة (أما الذي يخيط بأجر فرس ماله الخيط) بكسر الميم وهو اسم للآلة التي يخاط بها الثياب (والمقراض) بكسر الميم اسم للآلة التي يقطع بها الثياب من القرض وهو القطع ، وسمي المقص أيضاً (فلا يتحقق الإفلاس فيه) قيل ، ويتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانتة عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا يأتمنون على أمتعتهم .

وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها ويشغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره في الاصل ، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما ما هنا العامل شخصان فأمكنهما . ومن استأجر غلاماً ليعلمه في المصر ثم سافر فهو عذر ، لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق ، وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً

(وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية . وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها ويشغل بعمل آخر حيث جعله) أي جعله محمد « رح » (عذراً ذكره في الأصل) أي في المبسوط (لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما ما هنا) أي في مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف (العامل شخصان) أحدهما المستأجر والآخر الغلام المسألة (فأمكنهما) العمل لعدم التعذر .

(ومن استأجر غلاماً ليعلمه في المصر ثم سافر فهو) أي سفره (عذر) فتفسخ به الاجارة (لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق . وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً) وفي الذخيرة لو قال المؤجر للقاضي انه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الاجارة . وقال المستأجر أريد السفر فيقول القاضي للمستأجر تخرج مع فلان قال مع فلان وفلان فالحق فيهم أن فلاناً هل يخرج معكم ، وهل استعد للخروج ، فان قالوا نعم ثبت العذر وإلا فلا . وقيل للقاضي يحكم بزيه وثيابه ، فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا . وقيل لو أنكر المؤجر السفر فالحق له . وقيل للقاضي يحلف المستأجر بالله إنك عذمت على السفر وإليه مال القدوري

وكذا إذا أطلق لما مر أنه يتقيد بالحضر ، ثم بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منشورة

قال ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصاد فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في هذا السبب ،

والكرخي . ولو أراد رب العبد السفر لا يكون ذلك عذراً .
(وكذا إذا أطلق) أي إجارة العبد للخدمة قبل أن يقول استأجرت هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر أو في السفر لا يكون له أن يسافر به (لما مر أنه يتقيد بالحضر) أي لما مر في فصل إجارة العبد من أنه ليس له أن يسافر به ، إلا أن يشترط ذلك (بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر ، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر) للمستأجر ، والضرر مدفوع والله أعلم .

(مسائل منشورة)

مسائل مرفوع على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذا مسائل . وقوله منشورة بالرفع صفة المسائل ، وتقدم معنى النثر .

(قال ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصاد) وهو جمع حصيد وهو الزرع المحصود ، وأريد ما هنا ما يبقى من أصول الزرع المحصود في الأرض ، وحصد الزرع جزء من باب طلب وضرب (فأحرق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في هذا السبب) وفي بعض النسخ في هذا السبب فإنه مسبب لا مباشر ، والضمان بطريق

فأشبهه حافر البشر في دار نفسه ، وقيل هذا

التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب (فأشبهه حافر البشر في دار نفسه) فان من حفر بشراً في ملكه فوقع فيها إنسان فهلك لا يضمن . ولو رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً أو ماله فهلك يضمن ، لأنه مباشر فلم يتوقف على التعدي ، ولهذا لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر ، فأما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة ، وإحراق الحصاد هنا مباح وليس بتعمد فلا يضاف التلف إليه .

ونقل صاحب الأجناس عن زيادات الأصل لو وضع حجراً في الطريق فحرّكه الريح فذهب به من ذلك الموضع فأحرق شيئاً لم يضمن من قبل لأنه قد تغير عن الحالة التي وضع عليها . وكذلك إذا وضع حجراً . وفي الواقعات رجل أحرق شوكاً أو بيتاً في أرض فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره فأحرق أرضه إن كانت النار تبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة فلا ضمان عليه ، لأن ذلك حصل بفعل النار وانه جار . ولو كان أرضه أو على وجه يصل إليه شرر النار فانه يضمن ، لأن له أن يوقد النار في أرضه ، ولكن على وجه لا يتعدى ضرره إلى أرض جاره ، وهذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره . وكذلك لو أن رجلاً اتخذ في داره هدفاً يرمي إليه فجاز السهم داره وصار إلى دار جاره وقتل رجلاً أو أفسد ماله فهو ضامن قيمة المال ودية المقتول على عاقلته .

وكذلك الحداد لو أخرج الحديد من الكورة وذلك في حانوته ووضعه على العلاء وضربه بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرق رجلاً أو فقاً عينه فديته على عاقلته . ولو أحرق ثوب إنسان فقيمته على الحداد في ماله . ولو لم يضربه بالمطرقة حتى وضعه على العلاء فأخرج الريح شرره فأصاب ما أصاب فهو هدر . وفي المسائل سقى أرضه فسال عن مائه في أرض رجل ففزتها أو توت لا ضمان عليه لأنه غير متعمد في التسبيب . وكذا إذا أحرق كلاء أو حصائد في أرضه فذهب النار فأحرق شيئاً لغيره لم يضمن لا جرم إن كان يوم ريح فعلم أنه يذهب منها فقبل يضمن .

(وقيل هذا) قائله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله . وقال الأتزازي رحمه الله ، أي

إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت . أما إذا كانت مضطربة يضمن ،
لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه . قال وإذا قعد الخياط
أو الصباغ في حانوت من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز ،
لأن شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا بوجاهته وهذا لحذاقته فينتظم
بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة فيما يحصل .

قال المشايخ رحمهم الله هذا الذي قاله محمد « رح » في الجامع الصغير عن عدم الضمان
بأحراق الحصائد إذا احترق شيء من أرض أخرى (إذا كانت الرياح هادئة) حين أوقد
النار . قال السفناقي رحمه الله تعالى هادئة بالنون أي ساكنة من هدن إذا سكن ، وفي
نسخة هادئة من هدا بالهمز ، أي سكن ، قال الشاعر :

إن السباع لتهدى في فراسيها والناس ليس يهاد شرم أبداً
أي لتسكن . وأصله لتهدأ بالهمزة ، حذفه الشاعر وقبله بيت آخر وهو :

ليست السباع لنا كانت مجاورة فاننا لا نرى فيمن ترى أحداً

(ثم تغيرت) قويت واشتدت (أما إذا كانت مضطربة) حين أوقدها (يضمن ،
لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه) ولكنها تذهب بها إلى أرض الجيران ، فصار
كانه ألقاها في أرضهم .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا قعد الخياط أو الصباغ في حانوت من يطرح عليه
العمل بالنصف) بأن كان صاحب الدكان ذا جاه لاحذاقه له في العمل فأقعد من يعلم
ويعمل بالنصف (فهو جائز) أي استحساناً (لأن هذا شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا
لوجاهته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل)
وفي القياس لا يجوز ، وهو قول الشافعي « رح » لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة
وهي لا تصلح رأس مال الشركة ، ولأن التقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون
العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، وإن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه
من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول .

قال ومن استاجر جملًا يحمل عليه محلاً وراكبين إلى مكة جاز وله الحمل المعتاد . وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي « رح » وقد يفضي ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ، والحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا تقضي إلى المنازعة . وكذا إذا لم ير الوطاء والدر .

والطحاوي « رح » مال إلى وجه القياس ، وقال القياس عندي أولى من الاستحسان ، وقد علل الشراح في وجه الاستحسان بأن هذه ليست بإجارة ، وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ، وهذا يخالف لما ذكره المصنف ، فإنه صرح بأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، ولكن قوله فهذا لوجهاته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل بالنسب لشركة التقبل على ما لا يخفى ، ثم أن هذا إذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة .

(ومن استاجر جملًا يحمل عليه محلاً) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية وهو الزوج من المحارة يعقد في كل واحد شخص . وفي المغرب بفتح الميم الأولى وكسر الثانية ، وعلى العكس الهودج الكبير الحجاجي (وراكبين إلى مكة جاز) هذا العقد (وله) أي للمستاجر (الحمل المعتاد) أراد أنه يتعين الحمل المعتاد بين الناس (وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي « رح » للجهالة) وأحمد في الطول والعرض والتقل (وقد يفضي ذلك إلى المنازعة) فلا يجوز .

(وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم) لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب (والحمل تابع) للراكب (وما فيه) أي في الحمل (من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف) أي إلى الحمل المتعارف (فلا تقضي إلى المنازعة) فيجوز (وكذا) أي يجوز أيضاً (وإذا لم ير) أي الجمال (الوطاء) بكسر الواو وبالد وهو الفراء (والدر) بضم الدال والثاء المثلثة جمع . وقال وهو ما يلقي عليك من كساء أو غيره قال (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود ، لأنه أنقى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلاً .

قال وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود لانه أنفى للجباله وأقرب
إلى تحقيق الرضاء قال ومن استاجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من
الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يزيد^(١) عوض ما أكل ، لانه
استحق عليه حملاً سمي في جميع الطريق فله أن يستوفيه . وكذا
غير الزاد من المكيل والموزون ،

وفي المحيط استاجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان ومالهما
من الوطاء والدثر ولم ير الجمال الوطاء والدثر وعلى الآخر زاملته عليه وكذا غتوماً من
السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من
الحبل والمعاليق من قرية والميضأة والمطهرة ولم يبين وزنه ، أو شرط أن يحمل من مكة
من هدايا مكة ، أما لحمل الناس فهذا جائز استحساناً للتعارف ، وله أن يحمل ما هو
متعارف . وحكي مثله عن مالك « رح » وقال أحمد « رح » لا بد من معرفة المحمل
والوظاء والدثر والمعاليق وتقدير الزاملة . واختلف أصحاب الشافعي « رح » في المعاليق
كالقدر ومثله فقبل لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً ، وقبل فيه قولان .

(ومن استاجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يرد
عوض ما أكل) وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » . وفي قول يعتبر العرف
إن جرى بالإستبدال يستبدل وإلا لا ، وبه قال مالك « رح » ، وهذا الخلاف إذا أطلق ،
أما إذا شرط الاستبدال بلا خلاف ولو شرط عدم الإستبدال لا يستبدل بلا خلاف . ولو
سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف (لأنه استحق عليه
حملاً مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه ، وكذا غير الزاد) أي وكذا له أن يرد
غير الزاد فيما إذا استاجر دابة ليحمل عليها قدر معيناً (من المكيل والموزون) إذا
نقص منها ، ويحتمل أن يكون المعنى وله أن يرد المكيل أو الموزون مثل ما يحمل من
الزاد قاله تاج الشريعة .

(١) أن يرد - هامش.

ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء ، فلا مانع من العمل بالإطلاق .

(ورد الزاد معتاد عند البعض) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال مطلق العقد محمول على العادة ، وفي عادة المسافرين لا يردون شيئاً مكان ما أكلوا . فأجاب بقوله ورد الزاد معتاد عند بعض الناس (كرد الماء) فانهم يردون بدله عند الشرب والإستعمال ، فإذا العرف مشترك فلا يصلح مقيداً (فلا مانع من العمل بالإطلاق) وهو انها أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقض من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقض عملاً بالإطلاق وعدم المانع .

فرع : وفي المحيط اشترك اثنان في إجارة دابة على أن يتعاقبا في الركوب ولم يبيننا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف ، وبه قالت الثلاثة . وقال المزني لا يحوز أكثر العقبة إلا مضمونة في الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان والفرسخ ، والله أعلم .

كتاب المطاب

(كتاب المكاتب)

المناسبة بين الكتابين ^(١) كون كل منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة يخرج النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة قبل ذكره عقب العتاق كان أنسب ، لأن في الكتابة الولاء ، والولاء حكم من أحكام العتق . ورد بأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك ، بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة لغيره وهو أنسب للاجارة ، لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات ، وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرائط ، فكان أنسب بالتقديم .

ثم الكتابة مأخوذ من الكتب وهو الجمع ، يقال كتبت البقرة إذا جمعت بين شفرها بحلقة ، ومنه كتبت الكتاب لأنه جمع الحروف ، وسمي هذا العقد كتابة لما فيه من جمع النجم إلى النجم . وقيل سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وللولى على العبد .

فان قيل سائر العقود يوجد فيها معنى الكتابة فلم لا يسمى بهذا الاسم . أجيب بأن لا يبطل التسمية كالفارورة سميت بهذا الاسم لقرار المانع فيها ، ولم يسم الكوز ونحوه فارورة وإن كان يقر المانع فيه لئلا يبطل الاعلام .

وشرعاً هو عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه يوجب التحرير يداً في الحال ، ورقبة في المال ، ولا يلزم عليه تعليق العتق على مال ، لأنه يحتاج فيه إلى لفظ الكتابة ، بل يحصل بقوله أعتقتك على كذا . والفرق بينهما في الحكم أن

(١) يقصد به كتاب الاجارات الذي مر في آخر الجزء السابع ، اهـ مصححه .

قال وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً . أما الجواز فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور ، وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، إذ هو مباح بدونه .

الكتابة عقد يقال ويفسخ ، بخلاف العتق ، لأنه من جانب المولى يمين والمكاتب بملك كتابة عبد أو المعتق على مال .

(قال) أي القدوري (وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين ، لأن المولى كتب على نفسه العتق والعبد الأداء فاشتركا في أصل الفعل فالمولى مكاتب بكسر التاء ، والعبد مكاتب بفتحها ، ويأتي الآن بيان القيود التي فيها .

(أما الجواز) أي جواز الكتابة يعني الدليل على جوازها (فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور) أي كاتبوا الذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم دلالة هذا على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب ، سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره . ولما كان مقصود المصنف « رح » بيان أن عقد الكتابة أمر مندوب أو واجب تعرض لذلك بقوله (وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء) أي قوله ﴿ فكاتبوهم ﴾ ليس أمر إيجاب ، واحترز بقوله الفقهاء عن داود الظاهري ومن تابعه ، وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب عن الشافعي « رح » ورواية عن أحمد « رح » فإنهم قالوا تجب الكتابة إذا سئل العبد ، وكان ذا أمانة وذا كسب ، لأن الأمر للوجوب .

ونفى المصنف ذلك بقوله (وإنما هو أمر ندب هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا أن الأمر للإباحة ثم بين ما يلزم من المحذور من هذا القول بقوله (ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط) وهو قوله تعالى ﴿ إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور (إذ هو) أي عقد الكتابة (مباح بدونه) أي بدون الشرط . تقريره أن في الحمل على الإباحة ألف

أما التندية فمعلقة به ، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح لو فعله . وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه . ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة

دنانير فهو عبد

الشرط ، لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك . وفي الحل على التندب أعمال له ، لأن التندية معلقة به ، وهو معنى قوله (أما التندية فمعلقة به) أي بالشرط ، وبين ذلك بقوله (والمراد بالخير المذكور) يعني في قوله تعالى ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه) بأن كان غير أمين ولا مشغل بالكسب (وإن كان يصح لو فعله) واصل بما قبله ، يعني وإن كان يضر بهم لو فعل المولى عقد الكتابة صح ، وفسرت الثلاثة الخبرية بمثل قولنا وهي الأمانة والكسب ، وبه قال عمرو بن دينار . وعن ابن عباس « رض » وابن عمر وعطاء ، الخير للكسب خاصة . وعن الثوري والحسن البصري أنه الأمانة والدين خاصة ، وقيل هو الوفاء والأمانة والصلاح . وإذا فقد الأمانة فالكسب لا يكره عندنا . وبه قال الشافعي ومالك « رح » . وقال أحمد وإسحاق وأبو الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي « رح » يكره .

(وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه ، فلا بد من التزامه) وبه قالت الثلاثة « رح » (ولا يعتق إلا بأداء كل البدل) وهذا قول جمهور الفقهاء (لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد) هذا الحديث أخرجه الأربعة وأبو داود والنسائي « رح » في العتق والترمذي « رض » في البيوع ، وابن ماجه في الأحكام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد وإذا عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد . هذا لفظ أبي داود .

وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم .

ولفظ الترمذي سمعت رسول الله ﷺ يقول من كاتب عبداً على مائة أوقية فأداها إلا
عشرة أواق ، أو قال عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق ، وقال غريب .
ولفظ ابن ماجة أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ثم عجز فهو
رقيق . وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس الحريري عن عمرو بن شعيب به
وكذلك الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه كلاهما بلفظ أبي داود .

(وقال أبو داود المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) هذا أخرجه أبو داود في العتاق عن
اسماعيل بن عباس عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ
قال المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهم ، وفيه اسماعيل بن عباس لكنه عن شيخ شامي
وهو ثقة . وأخرجه ابن عدي في الكامل عن سليمان بن ارقم عن الزهري عن أبي سلمة بن
عبد الرحمن عن أم سلمة أنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول المكاتب عبد ما بقي عليه
درهم أو أوقية ، وسليمان بن ارقم ضعيف . وعن أحمد وأبي داود والنسائي وابن معين أنه
متروك . وقال ابن عدي ولعل البلاء فيه من المسيب بن شريك وهو الذي رواه عن سليمان ،
فإنه أشر من سليمان .

وروى مالك « رح » في الموطأ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً المكاتب عبد ما بقي عليه
شيء من كتابته . وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمر وابن عمر وعلي وزيد بن ثابت
وعائشة رضي الله عنهم لم يروه مرفوعاً أصلاً . والمعجب من الأتوازي « رح » بقوله وقوله
قال أبو داود المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كلام زيد بن ثابت . ثم نقول ولكن روى
الشيخ أبو جعفر الطحاوي « رح » في شرح الآثار وقال حدثنا الخطاب بن عثمان قال حدثنا
اسماعيل بن عباس عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله
ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم ، فنفي أولاً أن يكون هذا مرفوعاً
إلى النبي ﷺ ، ثم استدرك وقال روي عن الطحاوي .

(وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) أي وفي وقت عتق المكاتب اختلاف

وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه

الصحابه رضي الله عنهم ، فعند ابن عباس رضي الله عنها يمتق كما أخذ الصحيفة من مولا ،
يعني يمتق بنفس العقد ، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عكرمة بن عمار عن يحيى بن أبي كثير أن ابن
عباس « رض » قال إذا بقي عليه خمس أواق أو خمس أوسق فهو غريم . وعند ابن مسعود
يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، روى عبد الرزاق أيضاً عن المغيرة عن ابراهيم عن ابن مسعود
قال إذا أدى قدر ثمنه فهو غريم ، وعند زيد بن ثابت لا يعتق ولو بقي عليه درهم ، وهو
الذي اختاره أصحابنا ، أشار إليه بقوله (وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه) أي
زيد بن ثابت رضي الله عنه ، وإنما اختاره لأنه مؤيد بالأحاديث التي ذكرناها آنفاً ، وبه
قال الثلاثة أيضاً .

وحديث زيد أخرجه الشافعي « رح » في مسنده أخبرنا ابن عيينة عن ابن نجيح عن
مجاهد أن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال في المكاتب هو عبد ما بقي عليه درهم ،
ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن ابن نجيح به سواء ومن طريق
الشافعي « رح » رواه البيهقي في سننه ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه أخبرنا ربيع
عن سفيان به وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً فقال وقال زيد بن ثابت هو عبد
ما بقي عليه درهم .

وعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى ، وبه قالت الظاهرية عن عبد الرزاق
أخبرنا سفيان الثوري عن طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي أن علياً رضي الله عنه قال في
المكاتب يعجز قال يعتق ، وبمثل ما ذهب إليه زيد روي عن عمر وعثمان وابن عمر
وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن
ابن أبي عروبة عن قتادة عن معمر الجهني عن عمر رضي الله عنه قال المكاتب عبد
ما بقي عليه دوهم .

وأخرج أيضاً عن زيد بن هارون عن عباد بن منصور عن حماد بن ابراهيم عن عثمان رضي الله عنه
قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عبد الكريم بن

ويعتق بأدائه ، وإن لم يقل المولى إذا أدبتها فانت حر ، لأن موجب
العقد يثبت من غير التصريح به

أبي المحارق أن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم كانوا يقولون المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم . وأخرج أيضاً عن معمر بن سعيد المقبري عن أم سلمة زوج النبي ﷺ
قالت المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

(ويعتق بأدائه) أي يعتق المكاتب بأدائه جميع بدل الكتابة (وإن لم يقل المولى
إذا أدبتها فانت حر) الضمير في أدبتها يرجع إلى الألف مثلاً أو نحوها ، ويرجع إلى
المال ، ولكن التأنيث باعتبار الكتابة ، فإن المكاتب قد تطلق على البدل ، وبه قال
مالك وأحمد «رح» . وقال الشافعي «رح» لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا إن أدبته
فانت حر . وفي شرح الوجيز ولو لم يصرح بتعليق العتق بالأداء ولكن فواه عليه في فواه
كاتبك على كذا صحت الكتابة ، وإن لم يصرح بالتعليق ولا فواه لم يحصل العتق
ولم تصح الكتابة .

وعن بعض الصحابة إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته بمجرد لفظ كاتبك على كذا
وإلا فلا بد من تعليق الحرية أو بيته ، وأصلاً لاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعاً ،
فعند ضم نجم إلى نجم فلو صرح وقال ضربت عليك ألفاً على أن تؤدبها إلي في كل شهر
كذا لا يعتق . وكذا إذا قال كاتبك ولم يقل إن أدبت إلي فانت حر لا يعتق ، فكذا
هنا . وعندنا هو ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء فلا يحتاج إلى تعليق العتق
بالأداء كما في مبسوط شيخ الإسلام .

(لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به) أي بالشرط ، وهو قوله إن أدبت أو
إذا أدبت ، وقد حققنا أصلاً الخلاف الآن . وفي شرح الكافي والحاصل أنه إذا قال لعبده
كاتبك على ألف درهم على أن تؤدي إلي كل شهر كذا فانت حر ، فإنه يكون كتابة ، لأن
معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل بنجم بنجوم معلومة ، ولكن إنما يجوز إذا
قبل الكتابة ، لأنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول . وكذلك لو قال كاتبك
على ألف درهم ونجمه وسمى النجوم وقبل العبد فإنه يكون كتابة وإن لم يعلق العتق

كما في البيع

بالأداء ولم يقل على أنك إن أدبت إلى ألفاً فأنت حر ، لأنه عقد معاوضة فيعتق بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط .

وعلى قول الشافعي لا بد من التعليق بشرط الأداء . ولو قال لعبده إن أدبت إلى ألفاً فأنت حر فأداه يعتق ، لأن المعتقد معلق بالأداء فقد وجد شرطه . قال الكرخي ولا يكون هذا كفاية وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله ، أي يصير المولى قابضاً له بالتخليه كما في الكتابة وإن لم يقل المولى استحساناً عنده ، خلافاً لزفر ، فبيان التفرقة بين التعلق والكتابة في مسألة فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء فترك مالا فالمال كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق ، بخلاف الكتابة . وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع اكتسابه ، بخلاف الكتابة . ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها .

ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحطه المولى عنه فأدى تسعمائة فإنه لا يعتق ، بخلاف الكتابة . ولو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق . ولو أبرأ الكاتب عن بدل الكتابة يعتق . ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف . وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها ، فإن قبلها عتق ، وكذلك لو رد إليه بخيار أو عيب .

وأما الإعتاق على مال فهو بخلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبا في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبته وقبل ذلك فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبا في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبته ، وقيل ذلك فإنه يعتق كذا في التحفة وغيره .

(كما في البيع) يعني كما يحتاج ثمة إلى قول البائع للمشتري إن ملكتي الثمن ملكت المبيع إن دخول هذا لا معنى في مقتضى لفظ البيع ، يعني عن التصريح به بكذا ، هذا لا يحتاج إلى التصريح بقوله إن أدبت كذا فأنت حر .

ولا يجب حط شيء من البذل اعتباراً بالبيع

(ولا يجب حط شيء من البذل) أي من بدل الكتابة عن العبد ، بل هو مندوب ، وبه قال مالك والثوري . وقال الشافعي وأحمد يجب به . وقال أصحاب الظاهر وفي وقت وجوبه وجهان ، أحدهما بعد العتق ، والثاني بعد أداء أكثر البذل ، وقدره الشافعي بما يقع عليه إسم المال لاختلاف أقوال الصحابة في قدر المخطوط والأقل يتنفر ، وكذا قال صاحب العناية . وقال الشافعي يستحق عليه ربع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه . قلت نص الشافعي ما ذكرناه وحط ربع البذل هو قول أحمد وأسند الشافعي «رح» بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ ٣٣ النور ، ومطلق الأمر للوجوب .

ولنا ما أشار إليه بقوله (اعتباراً بالبيع) أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه ، كما لا يجب في البيع ، والأمر في الآية للندب لأنه معطوف على الأمر بالكتابة ، لأن الأصل أن يكون المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كذا في المبسوط والزيادات هذه جملة عامة فلا يوجب المشاركة كما في قوله تعالى ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة . وأجيب بأن هذا ليس مثل تلك الجملة ، لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها ، فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالمعطف ، وفيه نوع تأمل ، والتحقيق أن دلالة الآية على ما ادعاه حقيقة جداً ، لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكاة ، فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين في صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين ، فحملة على حط شيء من بدل الكتابة عمل بلا دليل .

وقال ابن حزم في المحلى ناقض الشافعي في قوله حيث حمل قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ على التدب ، وقوله ﴿ وآتوهم ﴾ على الوجوب وهذا محكم انتهى . وقال ابن جرير الطبري في التهذيب وفي حديث بريرة أيضاً الدلالة على صحة قولنا في قوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله ﴾ ٣٣ النور ، يعني من أهل الأموال الذي وجبت في أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض لهم فيها بقوله تعالى ﴿ وفي الرقاب ﴾ ولولا ذلك لم

قال ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجماً .

تكن بريرة تسأل عائشة رضي الله عنها ولا ضرورة لها مع إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلاً إلى الأداء والرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب نفقتها على موالها ، ولكنها لما علت إن شاء الله تعالى ما فرض في أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقاً بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ ويقول ﴿ وفي الرقاب ﴾ تعرضت لطلب ذلك ، وفي ذلك دلالة بنيته على أن المراد بقوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ أهل الأموال ، والدلالة على خطأ زعم أن قوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ يعني به أموال المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم ، وإنهم أمروا أن يضموا عنهم من كتابتهم ولو لا كان كما قالوا لقال ممنوا عنهم من كتابتهم ، ولو كان أمر بإعطائهم من مال الله كتابتهم لقال من مال الله الذي آتاكم ، فلماذا لم يكن ذلك محصوراً على أموالهم كان معلوماً أنه خطاب للنوي الأموال بإتيانهم ما فرض الله لهم في أموالهم ، انتهى .

ولئن سلمنا أن المراد بذلك الموالي فالأمر محمول على النذب كما فعل الشافعي « رح » في قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ وكما مثل هو وغيره في الأمر بالإشهاد على البيع والكتابة ، وقد قالت بريرة أمي على تسع وأدنى ، وقالت عائشة رضي الله عنها إن أحب أهلك أن أعدها لهم ، فلو كان الحط واجباً لقال ~~عليها أقل~~ من ذلك إن عليهم أن يحطوا عنها ولاء عائشة رضي الله عنها بسقوط البعض عنها . وفي الصحيح أن جويرية جاءت النبي ~~عليه السلام~~ تستعين في كتابتها ، فقال ~~عليه السلام~~ أقصي عنك كتابتك فدل وجوب الجميع عليها يرون حطيطه لها منه وأعان ~~عليه السلام~~ سلمان على كتابته ولم يأخذ مولا يحط شيء منها ، وكل ما ذكره البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم وضعوا شيئاً من الكتابة فليس في شيء منهم كانوا يرون ذلك واجباً عليهم ، فعمل على أنهم فعلوا ذلك على سبيل النذب وللفضل .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز أن يشترط المال حالاً) أراد بالمال بدل الكتابة (ويجوز مؤجلاً) بأن يجعله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين (ومنجماً) أي مقسطاً مؤقتاً ، واشتقاقه من النجم وهو الطالع ، ثم سمي به الوقت ، ومنه سمي المتجسم ، ثم

وقال الشافعي لا يجوز حالاً ولا بد من تنجيم لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق ، بخلاف السلم على أصله ، لأنه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتاً ، وقد دل الإقدام على العقد عليها ، فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم .

سمي ما يؤدي فيه من الوظيفة ، ثم منه فقالوا نجمت المال إذا أدبت نجوماً ، والكتابة الحالة مثل أن يقول كاتبك على ألف درهم ، وبه صرح الولوالجي في فتاواه ، والكتابة المؤجلة مثل أن يقول كاتبك على ألف درهم إلى سنة يؤدي كل شهر من النجم ، كذا وكل ذلك جائز .

(وقال الشافعي «رح» لا يجوز حالاً) غير مؤجل (ولا بد من تنجيم) وبه قال أحمد في ظاهر الرواية (لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل) أي لأن المكاتب لا يقدر على أداء البذل في الحال (لعدم الأهلية قبله) أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق ، لأنه كان مملوكاً لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير .

(بخلاف السلم على أصله) أي بخلاف السلم على أصل الشافعي «رح» حيث جوزه (لأنه أهل للملك) أي لأن المسلم إليه أهل للملك قبل العقد لا يقال هذا اضمحار قبل الذكر ، لأننا لا نقول السلم يدل عليه لأنه لا تقوم إلا بالمتعاقدين أحدهما المسلم إليه (فكان احتمال القدرة ثابتاً) وهو عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ما التزمه (وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت به) أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم عليها أي على القدرة فتثبت أي القدرة . ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأمورون بإعائته والطرق متسعة استدانة وقرض واستيهاب ، واستعانة بالزكاة والكفارات والمشور والصدقات ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت .

(ولنا ظاهر ما تلونا) وهو قوله تعالى ﴿ فكاთبوهم ﴾ (من غير شرط التنجيم) والتأجيل فلا . جزاء على النص بالرأي وبقولنا قال مالك «رح» في الجواهر قال أبو

ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهراً ، بخلاف المسلم ، لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق . قال وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقيق

بكرة ظاهر قول مالك «رح» أن التنجيم والتأجيل شرط فيه ، ثم قال وعلموا أن النظارة يقولون إن الكتابة الحالة جائزة ويسمون قطاعة وهو القياس .

(ولأنه) أي ولأن عقد الكتابة (عقد معاوضة والبدل معقود به) أي بالعقد ، تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعقد المعقود عليه ولا بد منه ، لأنه لا يجوز أن يبيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز اتباع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة (فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه) أي على الثمن .

والحاصل أن بدل الكتابة ثمن من وجه ، وهذا لا يجوز الاستدلال به على القبض وبيع من وجه ، وهذا عجز عن الأداء يفسخ العقد فوفرتا على الشبهين حفظها لذلك الفسخ عند المجز ، ولعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد .

(بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه) لما ذكرنا أن العقد يعتمد ولا بد منه (ولأن مبنى الكتابة على المساهلة) لأنه عقد كرم ، إذ العبد وما يملكه لمولاه (فيمهل المولى ظاهراً ، بخلاف السلم ، لأن مبناه) أي مبنى السلم (على المضايقة) والمباكسة ، فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه (وفي الحال كما امتنع من الأداء) أي في عقد الكتابة الحال كما امتنع المكاتب (يرد في الرق) بالتراضي أو بقضاء القاضي ، بخلاف السلم .

(قال) أي القدوري (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقيق

الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه
والشافعي « رح » يخالفنا فيه ، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في
التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن
القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا
يعتق ويسترد ما دفع . قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها

الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه (أراد من قوله
يعقل يعلم أن السر إيجاب البيع سالب ، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوساً وأخذ
الحلو ثم أخذ يبكي ويقول أعطني فلوسي فهو علامة كونه غير عاقل . وإن أخذ الحلو ولم
يسترد فلوسه فهو عاقل ، كذا نقل عن السلف . قال تاج الشريعة وفي شرح الطحاوي وإذا
كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فانه يجوز ويتوقف على إدراكه ، فان أدى
هذا القابل عتق . والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر « رح » وفي الاستحسان
ليس له ذلك .

(والشافعي « رح » يخالفنا فيه) أي في الحكم المذكور . وفي بعض النسخ يخالفنا في
ذلك (وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة) فانه لا
يجوز عنده فلا يصح الأول له . وعندنا يجوز لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد
ونقصان رأيه يتميز برأي الولي والتصرف نافع فيصح الإذن (وهذا) أي هذا الذي
ذكرناه (بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد
العقد) لأن العقد لا ينعقد بدون القبول .

(حتى لو أدى عنه) أي عن الغير غير المميز (غيره لا يعتق) لأن أداء البذل إنما
يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل (ويسترد ما دفع) من المال ، لأنه أداء
بسبب باطل .

(قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم أول النجم ، كذا وآخره

لي نجوماً أول النجم ، كذا وآخره كذا ، فإذا أدبتها فأنت حر ،
وإن عجزت فأنت رقيق ، فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة .
ولو قال إذا أدبت الي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر ، فهذه مكاتبة في
رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة .

كذا ، فإذا أدبتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير
الكتابة (هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة
في رجل قال لعبده الى آخره . وقوله لأنه أي لأن المولى . وفي الكافي صح استحساناً ،
والقياس أن لا يصح ، لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا وجود ذكرها كعدمها ،
فتمي قوله قد جعلت عليك ألف درهم وهو بظاهره ضريبة . وقوله ان أدبت فأنت
حر تعليق .

وجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني ، ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب
المال بضاعة وبشرط المضاربة اقراض ، وقد وجد معنى الكتابة هنا ، لأن معنى الكتابة
سنة ، وعادة هذا وعند الإطلاق يصح ، فعند التفسير أولى ولا بد من قوله فإذا أدبت
فأنت حر . بخلاف قوله كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا الى ذكره ، لأن قوله
جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يعني يحتمل معنى الضريبة
فلا يتعين الا بقوله ، فإذا أدبت فأنت حر بخلاف قوله كاتبتك ، فإن الاحتمال يتقدم
ها هنا . وأما قوله ان عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج اليه ولا في قوله كاتبتك ، وإنما
ذكره للتفسير والحب على أداء المال عند النجوم .

(ولو قال إذا أدبت الي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي
سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب) لأنه يستعمل التيسير ، وإذا انما يكون عند
الوجوب ، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً (وذلك بالكتابة) أي وجوب الدين
للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة ، وأبو سليمان هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني

وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتبا اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة .
قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه . أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه

صاحب الإمام محمد بن الحسن، وكانت وفاته بعد المائتين من البعرق، ونسبته إلى جوزجاني مدينة بخراسان مما يلي بلخ .

(وفي نسخ أبي حفص «رح» لا تكون مكاتبة) أي وفي رواية لا تكون مكاتبة . قال فخر الإسلام في مبسوطه وهو الأصح (اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة) يعني إذا قال إن أدبت إلى ألفاً لا تكون كتابة ويكون تعليق الحرية بالشرط ، ولا يلزم قبول العبد والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونها كما في الكتابة الحالة، وصححه التنجيم بدونها كما في الضريبة ولما لم يكن أداء معه وجوداً وعدماً لم يدل التنجيم على الكتابة والتفاوت بين رواية أبي حفص وأبي سليمان إن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص ، لأن الشرط أن يؤدي كل شهر مائة . وعلى الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة . وأبو حفص هذا هو أبو حفص الكبير الإمام المشهور من أصحاب محمد بن الحسن واسمه أحمد بن حفص وفاته سنة سبع عشر ومائتين .

(قال) أي القدوري (وإذا صحت الكتابة) بخلوها عن الفساد بعد تحقق المقتضى (خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) احتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنه فعنده يعتق بمجرد العقد كما ذكرنا .

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم) كما ذكرنا في أول الكتاب أنه مشتق بمعنى الضم ، يقال كتبت البغلة إذا ضمت بين شفرها بحلقه (فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) أي مالكية نفسه ، أي مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء قبل مالكية النفس في الحال ليست بموحدة فكيف يتحقق الضم ، وضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما . أوجب بأن

أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع
والشراء والخروج إلى السفر وإن ناه المولى . وأما عدم الخروج
عن ملكه فلما رويناه ، ولأنه عقد معاوضة ، ومبناه على المساواة
ينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره ، لأنه يثبت له نوع مالكية
ويثبت له في الذمة حق من وجه ،

مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه . ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الإرش .
ولو وطئ المكاتب لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء
البدل فيملك) أي المكاتب (البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن ناه المولى) أي عن
السفر ، وسواء كان السفر طويلاً أو قصيراً وبه قال أحمد والشافعي «رح» في قول . وقال
في قول آخر لا يخرج إلى السفر بغير إذن السيد ، وبه قال مالك . وفصل بعض أصحاب
الشافعي فقال إن كان السفر طويلاً لا يخرج بغير إذنه ، وإن كان قصيراً يخرج .

(أما عدم الخروج عن ملكه فلما رويناه) من قوله ~~على~~ المكاتب عبد ما بقي عليه
درهم . ولو قال ذكره كان أحسن لأنه ذكر الحديث وما رواه اللهم إن كان قد رواه في
غير هذا الكتاب فيصدق عليه أنه رواه .

(ولأنه عقد معاوضة) أي ولأن عقد الكتابة عقد معاوضة كما مر (ومبناه على
المساواة) أي مبنى عقد المعاوضة على التساوي (وينعدم ذلك) أي المساواة على تأويل
التساوي (بتنجز العتق ويتحقق بتأخره) أي يتحقق المساواة بتأخر العتق (لأنه يثبت له)
أي للعبد الذي كوتب (نوع مالكية) اليد (ويثبت له في الذمة) أي يثبت للمولى في ذمة
المكاتب (حق من وجه) وهو أصل البدل ، وإنما كان حق من وجه لضعفه ، فإنه ثابت
في الذمة مع المنافي ، إذ المولى لا يستوجب على العبد ديناً ، وهذا لا تصح به الكفالة ، فلو
ثبت به العتق فجزأ كما قال ابن عباس على ما فالت المساواة لا يقال المساواة فالت على
ذلك التقدير أيضاً ، لأن نوع المالكية ثابت عليه من وجه ، فأين المساواة ، لأن نوع
مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعموده رقيقاً .

فإن أعتقه عتق باعتاقه ، لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة
لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق له وقد حصل دونه . قال
وإذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها
توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البذل من جانبه
وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء
والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية

(فإن اعتقه) أي فإن أعتق المولى المكاتب بأن نجز عتقه (عتق بإعتاقه لأنه مالك
لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه) أي لأن المكاتب بعدما التزم بدل الكتابة
(إلا مقابلاً) بفتح الباء (بحصول العتق له) أي ببذل الكتابة (وقد حصل دونه) أي
حصل العتق دون بدل الكتابة .

(قال) أي القدوري (وإذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر) وبه قال الشافعي
« رح » . وقال مالك لا عقر عليه . وقال أحمد إن شرط عليها الوطء لا عقر عليه وإلا
يجب ويؤدب ، لأنه وطىء حرام وعن الحسن للبصري قال يجب الحد لأنه وطىء في غير
ملكه ، وعندنا وعند الشافعي « رح » إذا شرط وطأها نقصد الكتابة ، وعند مالك يفسد
الشرط ويصح العقد . وعند أحمد يصح كلاهما (لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى
المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البذل من جانبه ، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي
على الوصول إلى البذل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان) حيث قابلها
الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى ﴿ أن تبنتوا بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء ، والآدمي مفرع منها .
ولهذا لو استحققت الجارية بغير المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة ، فلم أن الوطء
في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم .

فإن قلت إذا اشترى جارية فوطئها ثم باعها مرا بحة ليس عليه أن يبين أنه وطئها .
وإذا لحقت بالأعيان لوجب البيان . قلت لا يجب لأنه لا يقابله شيء من الثمن (وإن جنى
عليها أو على ولدها لزمته الجناية) هذا لفظ القدوري ، أي وإن جنى المولى على

لما بينا . وإن أتلّف مالا لها غرم ، لأن المولى كالأجنبي في حق
أكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلّفه المولى فيمتنع حصول
الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته
فالكتابة فاسدة ، أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ،

المكاتبة أو جنى على ولدها لزمته الجناية كما لزمه إرث الجناية على العبد الموهوب ^(١)
وفي الكفاية لشمس الاغة البيهقي جناية المولى على مكاتبه عمداً لا يوجب العقود لأجل
الشبهة ، ولو قتل المكاتب مولاه يجب القود (لما بينا) أشار إلى قوله لأنها صارت
الغرض بأجزائها .

(وإن أتلّف) أي المولى (مالا لها) أي للمكاتبة (غرم ، لأن المولى كالأجنبي في حق
أكسابها ونفسها) وفي بعضها النسخ في حق أكسابها ونفسه (إذ لو لم يجعل كذلك لأتلّفه
المولى) أي على تأويل أنه ملكه (فيمتنع حصول الغرض المبتغى) أي المطلوب (بالعقد)
هو حصول الحرية لها والمال .

(فصل في الكتابة الفاسدة)

وجه تأخير الفاسد عن الصحيح لا يحتاج المنفي إلى دليل .
(قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته) أي على قيمة نفس
العبد مثل أن يقول كاتبك على قيمتك (فالكتابة فاسدة) بلا خلاف للثلاثة ، وكذا
إذا كان المولى ذمياً والعبد مسلماً لا يجوز كتابته على خمر أو خنزير .
(أما الأول) وهو ما إذا كانت على خمر أو خنزير (فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه

(١) المرهون - هامش .

لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن
قيمته مجهولة ^(١) قدرأً وجنسأً ووصفاً فتفاحت الجهالة وصار كما إذا
كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد

المسلم ، لانه ليس بمال متقوم في حقه (يعني ليس بمال متقوم في حقه يعني ليس بمال متقوم
في حق المسلم (فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد) لانه صار عقداً بلا بدل .

(وأما الثاني) وهو ما اذا كاتبه على قيمته (فلأن القيمة) أي قيمة العبد (مجهولة
قدرأً) أي من حيث القدر ، يعني مائة أو مائتين (وجنسأً) يعني ومن حيث الجنس ،
يعني ذهباً أو فضة (ووصفاً) يعني من حيث الوصف يعني جيداً أو رديئاً (فتفاحت
الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة) ولم يبين جنسها فلأنها تقسد وتفاحت الجهالة .
الاصل أن ما صلح بدلاً في الكتابة لأنها مبادلة مال بما ليس بمال ، اذ البدل في الحال
مقابل كل الحجر وهو ليس بمال ، فصار كالنكاح .

فإن قلت لو كاتبه على عبد يصح ، وبه قال مالك ، خلافاً للشافعي وأحمد « رح » ،
ويجب عليه قيمة عبد وسط ، حق لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول .
وإن كاتب على القيمة يجب بهذا التسمية ، فينبغي أن يجوز إذا صرح بالقيمة . قلت
القيمة فيما نحن بصدده يجب قصداً لا حكماً لمكان التصريح بالقيمة ، ويجب ثم حكماً لا
قصداً لأنه تصريح بالعبد وقد ثبت الشيء حكماً وضمناً لغيره وإن كان لا يثبت قصداً
كبيع الأجنبية ونحوها .

فإن قلت لما لا تجعل قوله كاتبك على ثوب كتابة ثمن قوله إن أديت إلى ثوب فانت حر
فإن في هذه الصورة يعتق بأداء أي ثوب كان . قلت لا يمكنه ذلك ، لأن الكتابة متى
صحت كان حكمه تعلق العبد بثوب معين ، لأن الثوب مجهول فلا يمكن أن
يجعل كتابة عنه .

(ولأنه تنصيص) تعليل آخر، أي ولأن قوله كاتبك على قيمتك تنصيص (على ما هو

(١) القيمة - هامش .

الفاقد، لأنه موجب للقيمة فإن أدى الخمر عتق ، وقال زفر لا يعتق
إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن البدل هو القيمة .

موجب العقد الفاسد (أي القيمة ، أراد أن العقد الفاسد يوجب القيمة ، وهو معنى قوله (لأنه) أي لأن العقد الفاسد (موجب للقيمة) فالتنصيص على قيمة المبد تنصيص على موجب العقد الفاسد . ولو نص على العقد الفاسد ينعقد بوصف الفساد ، فكذا إذا نص على موجب .

(قال فإن أدى الخمر عتق) أي قال القدوري « رح » وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وعليه نص الحاكم في الكافي . وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في كتاب العيون رجل كاتب عبد على خمر فالكتابة فاسدة ، فإن أدى القيمة عتق . وإن أدى الخمر لا يعتق ، وهذا قول زفر . وقال أبو يوسف أيها أدى عتق . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بأداء الخمر ، إلا أن يقول إن أدبت فأنت حر فانه يعتق وعليه قيمة نفسه . قال الفقيه هذا كله خلاف رواية المبسوط ، فان في رواية المبسوط لا يعتق بأداء القيمة ويعتق بأداء الخمر وأن يقول المولى إذا أدبت إلي فأنت حر فعليه قيمته ، انتهى . وفي المبسوط فان أداءه قبل أن يترافعا إلى القاضي وقد كان قال له أنت حر إذا أدبت إذ لم يعلمه فانه يعتق ، لأن هذا العقد منعقد مع فساد فاعتق بالأداء وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد فاسد فيلزمه أو رقة لأهل الفساد وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسداً إذا عتق المبيع قبل القبض .

(وقال زفر « رح » لا يعتق) يعني وإن أدى الخمر (إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن البدل هو القيمة) يعني في الكتابة الفاسدة ، وقد وقع هكذا في بعض النسخ إلا بأداء قيمة الخمر . قال في الكافي هذا مشكل . قلت لأنه مخالف لعامة الروايات ، فان عند زفر « رح » لا يعتق إلا بأداء القيمة محلاة بالآلف واللام بدون إضافته ، وفيه أيضاً إجمال . وقال الكاكي النسخة الصحيحة لا تعتق إلا بأداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ . قلت هذا دعوى منه ، بل غالب النسخ لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، ولهذا لما قال صاحب الكافي وهذا مشكل سكت ولم يقل النسخة الصحيحة كذا . وكذا ذكر تاج

وعن أبي يوسف «رح» انه يعتق بأداء الحجر ، لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البديل معنى . وعن أبي حنيفة رحمه الله انه إنما يعتق بأداء عين الحجر إذا قال إن أدبتها فأنت حر ،

الشريعة في الكفاية حيث قال قوله لا يعتق إلا بأداء قيمة الحجر . وذكر في المبسوط قيمة نفسه مكان قيمة الحجر . وفي مبسوط خواهر زاده وإذا وكل رجلاً بأن يعتق عبد على جمل فأعتقه على خير أو خنزير جاز ، وعلى العبد قيمة نفسه .

(وعن أبي يوسف انه يعتق بأداء الحجر لأنه بدل صورة) قال السفناقي هذا الحكم الذي ذكر هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة ، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبي يوسف وأن يذكر بكلمة عن . وقال صاحب العناية هذا صحيح إن كان الألف واللام في القيمة أعني في قوله ويعتق بأداء القيمة أيضاً بدلاً عن نفسه . وأما إذا كان بدلاً عن الحجر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك على ظاهر الرواية عن أبي يوسف .

قلت سواء جمل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الحجر فعتقه بأداء الحجر هو ظاهر الرواية عندهم ، وما قاله السفناقي باق ، والشرح ما جعلوا الألف واللام في القيمة الا بدلاً عن نفسه كما صرح بذلك تاج الشريعة وغيره .

والحاصل أن عند أبي يوسف «رح» أيها أدى المشروط أو قيمة نفسه يعتق ، وعندهما إنما يعتق بأداء المشروط إذا قال ان أدبتها فأنت حر ، لأن العتق يكون بالشرط حينئذ ، وصار كما لو كانت على ميتة أو دم فإنه لا يعتق الا إذا نص على الشرط . وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الحجر ، صرح بذكر الشرط أو لم يصرح على ما يجيء الآن .

(ويعتق بأداء القيمة أيضاً) أي قيمة نفسه ، قال تاج الشريعة وغيره كما ذكرناه (لأنه هو البديل معنى) أي لأن أداء قيمة نفسه هو البديل من حيث المعنى .

(وعن أبي حنيفة أنه يعتق بأداء عين الحجر إذا قال ان أدبتها فأنت حر) فعينئذ يعتق وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد الفاسد إذا أتلّف فيه الموقوف عليه ويجب فيه القيمة

لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الحمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط . وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه . وإذا أعتق بأداء عين الحمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق ، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع .

كالبيع إذا أُلغى في المبيع الفاسد في يد المشتري (لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم) أي بحصول شرط تعلق به العتق كما إذا كاتب على ميتة أو دم حيث لا يعتق بأدائها ، إلا إذا قال المولى إذا أدبته الميتة أو الدم فأنت حر ، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأدائها لأن العتق لم ينعقد أصلاً فيعتبر فيه التعليق (ولا فصل في ظاهر الرواية) يعني بأداء الحمر ، سواء كان في العقد أن أدبت الحمر فأنت حر أو لم يقل ذلك .

(ووجه الفرق بينهما وبين الميتة) أي في ظاهر الرواية بين الحمر والخنزير وبين الميتة (أن الحمر والخنزير مال في الجملة) وإن لم يكن متقوماً في حكم المسلم (فأمكن اعتبار معنى العقد فيها) باعتبار المالية ، ومعنى العقد هو المعاوضة (وموجبه العتق) أي موجب معنى العقد هو العتق (عند أداء العوض المشروط ، أما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك) أي اعتبار معنى الشرط (بالتنصيص عليه) أي على الشرط ، وهو أداء ميتة .

(وإذا أعتق بأداء عين الحمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد) لأن موجب العقد الفاسد رد المعقود عليه (وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع) في يد المشتري بعد القبض .

قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فيجب
القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، كما في البيع الفاسد ،
وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل
حقه في العتق أصلا

(قال) أى القدوري (ولا ينقص) أى القيمة (عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد
فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة) أى حال كونها بالغة (ما بلغت كما في البيع الفاسد)
إذا تلف المبيع تجب قيمة المبيع لتعذره (وهذا) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان
المولى ما رضى بالنقصان) أى عن المسمى حيث أوجب العقد فيه وان كانت القيمة أقل .
فان قلت ينبغي أن لا يعتبر رضى المولى في النقصان كما في البيع الفاسد ، حيث
ينقص عن المسمى ويرد عليه . قلت حقيقة المبادلة موجودة ثمة ، لان البائع يصل اليه
عوض حقه بالتام ، والواجب هو القيمة ، وانما يصار الى المسمى عند صحة التسمية ، أما
هنا فالمولى محسن لانه يبيع ماله بئاله ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ وهو انما رضى بزوال
ملكه بقدر ما سمي فلا يجوز النقصان عنه .

(والعبد رضى بالزيادة) على المسمى (كيلا يبطل حقه) أى حق العبد (في العتق
أصلا) لانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العتق فيفوت له ادراك شرف الحرية .
فان قلت هذا الإبطال اذا لم يعتق بأداء غير الخمر ، أما اذا عتق فلا يلزم هذا ،
قلت يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة «رض» فيما اذا كاتبه على خمر
ولم يقل ان أدبتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق ، فلو قضى بتلك الرواية يبطل
حقه في العتق .

فان قلت اذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية أيضاً فلا يتأتى القول بالزيادة والنقصان .
قلت يحتمل أن المصنف «رح» اختار في اتمام التسمية غير ظاهر الرواية . قال السفناقي
قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يمكن أن
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق ، لان ذلك نفع

فتجب القيمة بالغة ما بلغت . وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء
القيمة لأنه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه

شرب بالضرر لان تحمل الزيادة أضر عليه من العتق وكمن عبد لا يرضى بنفس العتق
من غير بدل .

وفي وقت غرق الطعام فأولى أن لا يرضى عند ايجاب الزيادة على المسمى ، والاولى
في التعليل أن يقال لما عقد مع مولاة عقد الكتابة الفاسدة وأقدم عليه باختياره ورضاه
كان قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، اذ قيمة نفسه قد تزيد على المسمى . قلت هذا
الذي ذكره معارض بالمثل ، لانه يمكن ان يكون العبد راضياً بالزيادة على المسمى وان
حصل له ضرر في الزيادة لاستشراقه شرف الحرية ، وكمن عبد لا يرضى بالرقبة الا
على الإضطرار وكان عرضه حصول الحرية ، ولو كان في وقت غرة الطعام بل هذا هو
الغالب في العبد ، لان أصل مقصودهم خلاصهم عن اسراء الرقبة وتولى أمور أنفسهم
فالمصنف ذكر هذا بناء على الغالب والمغالوب في مقابلة الغالب كحكم العدم ودعى
للأولوية في التعليل الذي ذكره لا برهان له فيها ، لان اقدامه على عقد هذا الكتاب
الفاسدة ربما يكون عن جهل معتقداً أنها صحيحة اذ لولا حقيقتها ما أقدم عليها ، لان حال
المسلم بناء في ذلك .

(فتجب القيمة بالغة ما بلغت) أي فتجب قيمة العبد حال كونها بالغة ما بلغت وما
بلغت في محل النصب باسم الفاعل .

(وفيما إذا كاتبه على قيمته) هذا راجع إلى قوله في أول الفصل أو على قيمة نفسه
(يعتق بأداء القيمة لأنه هو البذل) أي لأن القيمة هو الفرض إنما ذكر الضمير إما باعتبار
المذكور ، وإما يتذكر الخير ولم يذكر بماذا تعرف القيمة . وفي الذخيرة ومبسوط شيخ
الإسلام ، وقيمتها تعرف بتصادقها ، لأن الحق فيما بينهما وإما بتقويم القوميين ، فإن اتفق
الاثبات منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وإن اختلف لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين ،
لأن شرط العتق لا يشترط (وأمكن اعتبار معنى العقد فيه) أي أمكن اعتبار معنى عقد
الكتابة في أداء القيمة بأن أدى ما لا يختلف القومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين

وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

والآخر بخمسة وثلاثين ، والآخر بأربعين ، فلما لم يحاوز أحدهم من أربعين وقد أدى أربعين يكون مؤدياً قيمتها .

(وأثر الجهالة في الفساد) هذا جواب عما يقال القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة فقال وأثر الجهالة ، أي جهالة القيمة في فساد العقد لا فساد العقد لا في بطلان كما في البيع فإنها تفسده ولا تبطله .

(بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب) هذا أيضاً جواب عما يقال الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة . فقال بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب (حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه) أي في الثوب (على مراد العاقد) لأنه لا يزيد ملكه بأي ثوب كان بل ثوب معين ولا يدري أن هذا المؤدى هو ذلك المعنى أم لا (لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته) المولى أراد أن المتعين ينبغي أن يكون مراداً له حتى يثبت العتق والإطلاق على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته . بخلاف القيمة لأنها وإن كانت مجهولة يمكنني استدراك مواده بتقويم المقومين .

فإن قلت فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً . قلت ذكر في النخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهولاً للقدر أو الجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تتم هذه الكتابة أصلاً لا على المسمى ولا على القيمة .

فإن قلت ينبغي أن يؤدي ثوباً اعتباراً بجهة التعليق ، إذ الكتابة تتضمن المعاوضة والتعليق ، فإذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب يبقى معنى التعليق فيعتق ، كما لو قال إن أديت إلى ثوب فأني ثوب أدى عتق ، كذلك ها هنا . قلت التعليق في ضمن المعاوضة فإذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة الأخرى أيضاً ، لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن .

قال وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز لأنه لا يقدر على تسليمه
ومراد شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه
الألف الدرهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق
بدرهم دين في الزمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه
يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، فإن عجز يرد في الرق ، لأن
المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبهه الصداق .

(قال) أي في الجامع الصغير (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه) الثوب والعبد
(لغيره) أي حال كون الشيء لغير العبد لا يقال قوله شيء نكرة فلا يقع ذو الحال ، لأنه
تخصص بالصفة ، أعني قوله بعينه فإن تقديره على شيء معين (لم يجوز) أي عقد هذه
الكتابة (لأنه لا يقدر على تسليمه) ذلك الشيء إلى مولاه ، وبه قال الشافعي وأحمد ،
وقال مالك يجوز ويشتريه ويؤديه وإن لم يبعه الغير يؤدي قيمته (ومراد شيء يتعين
بالتعيين) أي مراد محمد من قوله على شيء يتعين بالتعيين كالعبد والثوب وغيرها من
المكيل والموزون .

(حتى لو قال كاتبك على هذه الألف درهم وهي لغيره) أي والحال أن هذا
الألف لغير العقد (جاز) أي عقد الكتابة (لأنها) أي لأن الدرام وكذا الدنانير
(لا تتعين في المعاوضات فيتعلق) العقد (بدرام دين في الزمة فيجوز) وعند الشافعي
وأحمد لا يجوز هذا أيضاً لتعين الدرام والدنانير عندهما .

(وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق) أي حتى لو
ملك ذلك العين وسلمه المولى عتق ، وقال أشهب المالكي إذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز
(وإن عجز يرد في الرق) أي وإن عجز العبد عن تسليم العين المذكور إلى مولاه يرد في
الرق (لأن المسمى مال ، والقدرة على التسليم موهومة) أي قدرة العبد على تسليم
العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك موهومة (فأشبهه الصداق) أي أشبهه بدل الكتابة
من مال الغير صداق المرأة من مال الغير بأن يتزوجها على عبد الغير تصح التسمية فكذا

قلنا إن العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح ، لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد « رح » انه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة

هنا تصح التسمية ، فإذا قدر على تسليمه جاز ، وإذا لم يحز المالك في النكاح رجعت المرأة على الزوج بقيمة العبد أو بمهر المثل . ولو كانت التسمية فاسدة لرجعت بمهر المثل .

(قلنا إن العين في المعاوضات) هذا إشارة إلى بيان وجه الظاهر ، وهو أن العين في المعاوضات ، وأراد بالعين بدل الكتابة (معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة) أى شرط صحة العقد ، ولهذا لم يحز بيع الآبق (وإذا كان العقد يحتمل الفسخ) أى والكتابة يحتمل الفسخ فشرط القدر على المعقود عليه (كما في البيع) فانه يحتمل الفسخ فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه .

فان قلت البديل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالية الثمن معقود به لا معقود عليه ، فلاتكون القدرة عليه شرطاً . قلت هذا إذا كان من النقود وليس الكلام فيه ، وإنما كلامنا في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المفاضة فيصير للبديل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه .

(بخلاف الصداق في النكاح) هذا جواب عن قوله فأشبهه الصداق وذلك (لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح) وهو منافع البضع أو التوالد والتناسل (ليس بشرط) حتى لو تزوج رضية يجوز (فعلى ما هو فيه تابع أولى) أى فالقدرة على ما هو تابع وهو الصداق يصح ، والكتابة بدون ذكر البديل لا يصح فوضح الفرق .

(فلو أجاز صاحب العين ذلك) أراد في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، أى لو أجاز مالك العين ذلك يعني ما قاله المولى لعبد (فمن محمد انه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة) بأن اشترى شيئاً بمال الغير فأجازه للغير يجوز مع

فالكتابه أولى. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة
على ما قال في الكتاب، والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو
المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان
البدل عيناً معيناً، والمسألة فيه على ما بيناه. وعن أبي يوسف «رح»

أنه مبني على المضايقة والمأكسة (فالكتابه أولى) بالجواز ، لأن مبناها على المساعة .
وقيل لأنها لا تقصد بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع ، فصار صاحب المال مفوضاً المال من
العبد فتصير العين من أكسابه .

(وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز) أى وإن أجاز صاحب العبد ، وهذه رواية
ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة «رح» (اعتباراً بحال عدم الإجازة على
ما قال في الكتاب) أى الجامع الصغير ، أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء ،
بعينه لغيره لم يجزه (والجامع بينهما انه) أى عقد الكتابه (لا يفيد ملك المكاسب وهو
المقصود) أى والحال أن ملك المكاسب هو المقصود في الحال .

فان قلت المقصود من عقد الكتابه هو الحرية . قلت موجب الشيء ما يكون عقيب
ذلك الشيء ، وما يعقب الكتابه هو ملك الحر وملك المكاسب . وأما الحرية فعند
انقضاء عقد المكاتبه لا عقيبه ، فيكون الموجب هو ملك المكاسب .

(لأنها) أى لأن الكتابه ، وفي بعض النسخ لأنه أى لأن العقد (تثبت للحاجة إلى
الأداء منها) أى من المكاسب (ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً) لتفسيره ، لأن
العقد لم ينقذ إذا كان البدل عيناً لغيره فلم يحتاج إلى أداء منه ، لأن الاحتياج إليه عند
صحة العقد (والمسألة فيه) أي فرض المسألة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً ، وقد أشار بقوله
معيناً بعد قوله عيناً احترازاً من الدرامم والدنانير المعينة ، فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا ،
فتجوز الكتابه حتى إذا كاتبه على ألف فلأن هذه جازت ، فإن أدى تلك الألف أو ألف
أخرى عتق (على ما بيناه) أشار به إلى قوله ومراده شيء يتعين بالتعيين .

(وعن أبي يوسف انه يجوز أجاز ذلك أو لم يحز) أي روي عن أبي يوسف «رح»

أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه ، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً . ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة « رح » رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أدبت إلي فأنت حر ، فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » .

أن الحكم المذكور وهو ما إذا كاتبه على شيء بعينه لغيره أجاز مالك الشيء أو لم يحزه (غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه) أي غير أن الشأن عند إجازة مالك الشيء يكون العقد على شيء يجب على المكاتب تسليم عين ذلك الشيء إلى المولى (وعند عدمها يجب تسليم قيمته) أي وعند عدم إجازة مالك الشيء يجب على المكاتب تسليم قيمة ذلك الشيء (كما في النكاح) فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه بصح العقد ، فإن رضي مالك العبد يدفعه إليها فبها وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد (والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً) أي المعنى الجامع بين المقيس الذي هو الكتابة المذكورة والمقيس عليه الذي هو النكاح صحة التسمية في كل منها لكونه مالاً ، أي لكون التسمية والتذكير باعتبار المسمى مالاً .

(ولو ملك المكاتب ذلك العين) أراد أن مالك العين لم يجز ، ولكن ملك المكاتب العين بسبب من أسباب الملك (فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق) أي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه أي المكاتب إذا أدى تلك العين التي ملكها لا يعتق (وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال إذا أدبت إلي فأنت حر ، فحينئذ يعتق بحكم الشرط) هذه الرواية هي ظاهر الرواية أن عقد الكتابة لا ينعقد من الأول إلا بالشرط بأن يقول المولى إذا أدبت إلي هذه العين فأنت حر فإنه يعتق عند الأداء لوجود الشرط ولا يعتق بالعقد لعدم انعقاده (وهكذا عن أبي يوسف) أي وهكذا روي أيضاً

وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لان العقد ينعقد مع الفساد
لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد
المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقد
عرف ذلك في الاصل . وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى .

عن أبي يوسف « رح » مثله روي عن أبي حنيفة « رح » انه لا يعتق إلا بالشرط ، وهذا
رواية الحسن بن أبي مالك « رح » عنه . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول
زفر مثل ذلك .

(وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل) أي وروي عن أبي يوسف « رح » رواه عن
أصحاب الإملاء انه يعتق بدفع العين إلى مولاة سواء قال المولى إن أدبت إلي فأنت حر أو
لم يقل (لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط) كما لو كاتبه
على خر فأدى فانه يعتق .

(ولو كاتبه على عين في يد المكاتب) بأن كان مأذونا في التجارة والمراد عين معين
سوى الدراهم والدنانير ، فانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجوز
الكتابة باتفاق الروايات ، ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (ففيه روايتان) أي ففي
حكمه روايتان في رواية كتاب الشرب من الأصل يجوز ، وفي رواية كتاب المكاتب من
الأصل لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت قبيل هذا بقوله
وإن كاتبه على شيء بعينه لم يجز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن يجوز (وقد عرف ذلك
في الأصل) أي قد عرف حكم ما ذكر من الكتابة على شيء بعينه في المبسوط (وقد
ذكرنا وجه الروايتين) يعني الجواز وعدم الجواز (في كفاية المنتهى) وهو كتاب صنفه
المصنف « رح » ، كتاب حافل عظيم لم يقع في هذه الديار ، قيل إنه موجود في بلاد الهند
وأحاله عليه ولم يذكره هنا لطول الكلام فيه .

وجه روايته أنه كتابة على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ، ولأن البيع يجوز
بإجازة مالك العين فالكتابة أولى . وجه رواية عدم الجواز أن كسب العبد وقت العقد

قال وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه
فالكاتب فاسدة عند أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» . وقال أبو
يوسف «رح» هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة للكاتب
وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما
بقي ، لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ،
فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في إبدال العقود . ولها أنه
لا يستثنى العبد من الدنانير ،

وقت ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان مال المولى وإنه لا يجوز ،
فكذا هذا .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه
عبداً بغير عينه فالكاتب فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) قيد بقوله على عبد بغير
عينه ، لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق ، فكذا استثناءه
عند الثلاثة لا يجوز في العين وغيره لأنه شرط فاسد وصفقة في صفقة .

(وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد
وسط فتبطل منها حصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي) حتى إذا كان بدل الكتابة
مائة وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب إذا خمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد
(لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط) وهذا بالاتفاق بكل ما
يصلح بدلاً (فكذا يصلح مستثنى منه) أي حال كونه مستثنى منه ، فهذا استثناء من
حيث المعنى هو الأصل أي كون كل ما صلح بدلاً صلحاً مستثنى من البطل (وهو الأصل في
إبدال العقود) بفتح الهزة جمع بدل .

الحاصل أن الأصل أن كل ما يصلح إيراد العقد عليه بانفراده يصح استثناءه من العقد
والعبد المطلق يصح إيراد العقد عليه ابتداءً ما هنا ، فكذا استثناءه من العقد .

(ولها) أي ولا يبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه لا يستثنى العبد من الدنانير) هذا

وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى . قال وإذا
كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً ، ومعناه
أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجب
على قبول القيمة وقد مر في النكاح . أما إذا لم يبين الجنس مثل أن
يقول دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل أجناساً مختلفة فتفاحش الجهالة .

قول بالموجب ، يعني سلمنا هذا الأصل ، ولئن إنما يكون^(١) فيما يصلح الاستثناء ، وهما
ليس كذلك ، لأنه لا يستثنى العبد من الدينار لاختلاف الجنس (وإنما يستثنى قيمته)
يعني إنما يصح استثناء العبد من الدينار بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد (والقيمة لا
تصلح بدلاً) لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (فكذلك مستثنى) أي
فكذلك لا يصلح حال كونه مستثنى .

(قال) أي القدوري (وإذا كاتبه على حيوان غير موطوف فالكتابة جائزة
استحساناً ، ومعناه) أي معنى قول القدوري جائزة (أن يبين الجنس) كالعبد والفرس
(ولا يبين النوع) أنه تركي أو هندي (والصفة) أنه جيد أو رديء (وينصرف إلى
الوسط) فيجوز العقد ، وبه قال مالك ، وإنما ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية
نظراً إلى الجانبين ، ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهماً ،
وعندهما على قدر غلاء السمر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ، لأن
عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب (ويجب
على قبول القيمة) أي يجبر المولى لأنها أصل من حيث أن المسمى يعرف بها فيجبر على
القبول (وقد مر في النكاح) أي في باب المهر ، فإنه إذا تزوجها على حيوان وبين جنسه
ولم يبين نوعه وصفته فإنه يجوز وينصرف إلى الوسط .

(أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز^١ لأنه يشتمل) أي لأن قوله دابة
يشتمل (أجناساً مختلفة) مما يدب على وجه الأرض (فتفاحش الجهالة) فيفضي إلى المنازعة فلا

(١) هكذا الجملة في الأصل .

وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في
الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه .

يجوز (وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف) بفتح الواو وكسر الصاد على وزن فاعيل اسم
للقلام ، والجمع وصفاء ، والجارية وصيفه وجمعها وصائف ، هذا الذي ذكره الفقهاء . وذكر
في الباب الوصيف الخادم غلاماً كان أو جارية ، يقال وصف القلام بالضم اذا بلغ الخدمة ،
والجمع وصفاء . وقال ثعلب ربما قالوا للجارية وصيفة والجمع وصائف انتهى . فعلى هذا
الفرق الذي ذكره الفقهاء بين الوصيف الذكر والوصيفة الأنثى يكون على هذه الرواية .
فان قلت ان العبد اذا كان يطلق على الذكر والأنثى فلا يكون في عطف الوصيف
عليه زيادة فائدة بل في المعنى يكون عطف الشيء على مثله . قلت العبد في المعرف لا
يطلق إلا على الذكر من الارقاء بدليل انهم يستعملون في المقابلة الجارية أو الامة فالوصيف
أعم فيكون من عطف العام على الخاص . وان كان اطلاقه عليها جميعاً كالوصيف
يكون العطف أيضاً صحيحاً مفيداً لفائدة ، وهي أن الوصيف اسم لمن يوصف بالخدمة
بأن كان قادراً عليها والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولى ، فعلى هذا يكون عطف
الخاص على العام .

(فالجهالة يسيرة) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات (ومثلها يتحمل في الكتابة)
لأنها تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ، ألا ترى أنها تقال وتفسخ هو لشبهة النكاح أيضاً
من حيث أنها معاوضة مال بما ليس بمال ، فإذا كانت الجهالة في أصلها منع الجواز لشبه
البيع ، وإذا كانت في الوصف لا يمنع لشبه النكاح (فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه)
أي في عقد الكتابة كما لو قال كاتبك إلى الحصاد والدياس أو العطاء صحت للكتابة ، لأن
مبناها على المسامحة .

فإن قلت كيف جعل المصنف ها هنا العبد جنساً واحداً وجعل في الوكالة أجناساً
مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشرى العبد مطلقاً . قلت اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالداية
مثلاً ، أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع
وغيرها ، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما يتنى على الماكسة كالبيع والوكالة لا فيما

وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع .
ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك
فيه فأشبهه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع
لان مبناه على المماكسة . قال وإذا كاتب النصراني عبده على خمر
فهو جائز ، معناه إذا كلن مقداراً معلوماً والعبد كافر

بني على المسامحة كالكتابة والنكاح .

(وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، وهو القياس) وبه قال أحمد « رح » ومذهبيهما
هو القياس (لأنه معاوضة) أي لأن عقد الكتابة عقد معاوضة مال بمال (فأشبهه البيع)
في أن تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول
لا يجوز ، فكذا الكتابة .

(ولنا أنه) أي عقد الكتابة (معاوضة مال بغير مال) أي في الابتداء ، لأن البدل
في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (أو بمال) أي في معاوضة مال في الانتهاء ،
لأنه يقابل الرقبة (لكن على وجه يسقط الملك فيه) لأن العبد لا يملك مالية نفسه ، بل
يسقط ملك المولى (فأشبهه النكاح) لأن منافع البضع مال عند الدخول ، فيكون معاوضة
مال بمال ، ألا ترى أن الشرع جعلها كالأعيان لكن على وجه يسقط الملك للزوج ، ولهذا
لا يقدر على تملكها (والجامع) أي المعنى الجامع في كون الكتابة كالنكاح (أنه يبتنى
على المسامحة) أي أن عقد الكتابة يبتنى على المسامحة كالنكاح ، وهذا المقدار كافٍ في
إلحاقها بالنكاح (بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة) هذا جواب عن قول الشافعي ،
فأشبهه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل الوجود ، قال الفارق وهو ابتناء
البيع على المماكسة والمضايقة ، وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز ، معناه
إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافر) أي معنى الذي في الجامع الصغير إذا كان الخمر
مقداراً معلوماً ، وأن يكون العبد أيضاً نصرانياً . ولو أتى بعبارة محمد كما هي لما كان

لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة
 الخمر ، لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها . وفي التسليم ذلك
 إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل ، فيجب عليه قيمته ^(١)
 وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خمرأ ثم أسلم أحدهما حيث
 يفسد البيع على ما قاله البعض ،

يحتاج إلى هذا التفسير فإنه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل نصراني كاتب
 عبداً له نصرانياً على أرطال خمر قال المكاتبه جائزه ولما لم يأت بهذه العبارة ، أشار بهذا
 إلى أنه لا بد من قيدين في جواز هذه الكتابة ، الأول أن يكون الخمر مقداراً معلوماً ،
 لأن الجهالة مانعة ، والثاني أن يكون العبد كافراً إلا إذا كان مسلماً لا يجوز . ولكن مع
 هذا إذا أدى الخمر يعتق لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور ، وصار كما لو
 كاتب المسلم عبد المسلم على خمر فأدى المكاتب الخمر فانه يعتق ، كذا ذكره بعض المشايخ
 كالقاضي ظهير الدين والرازي ونجم الدين الافطي الرجي والنيسابوري في شرح الجامع
 الصغير . وفي شرح الطحاوي والتمراشي لو أدى الخمر لا يعتق . ولو أدى القيمة يعتق .
 (لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا ، وأيهما أسلم) أي من المولى والعبد (فللمولى
 قيمة الخمر) وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح » في رواية ومحمد « رح » في رواية عنه
 تفسد للكتابة ، لأنه لا يمكنه تسليم البدل فصار كأنه عجز نفسه (لأن المسلم ممنوع عن
 تمليك الخمر وتملكها ، وفي التسليم ذلك) أي التمليك والتملك باعتبار كل واحد (إذ الخمر غير
 متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته) أشار بإذا التعليلية أن الخمر في المسألة
 المذكورة غير معينة فالملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة .

(وهذا) أي الذي ذكرناه (بخلاف ما إذا تباع الذميان خمرأ ثم أسلم أحدهما حيث
 يفسد البيع على ما قاله البعض) لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى لا تصلح عوضاً في
 البيع بحال ففسد . قيد بقوله على ما قاله البعض لأنه ذكر بعض المشايخ ينبغي أن يكون

(١) قيمتها - هامش .

لان القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على
وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على
القيمة ، أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا . قال وإذا
قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد
العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف
ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة ، لان المسلم ليس
من أهل التزام الخمر ، ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم .

الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في المبيع (لأن القيمة
تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة) أي لأن قيمة الخمر تصلح بدلاً في عقد الكتابة ، وأظهر
ذلك بقوله (فإنه لو كاتب على وصيف) أي عبد للخدمة (وأتى بالقيمة يجبر على القبول ،
فجاز أن يبقى العقد على القيمة) لأن البقاء أسهل من الابتداء (أما البيع لا ينعقد صحيحاً
على القيمة فافترقا) أي البيع والكتابة .

(قال وإذا قبضها عتق) أي إذا قبض المولى قيمة الخمر ، وهذا لفظ الصدر الشهيد في
الجامع الصغير ، أما لفظ محمد « رح » وإذا أداها عتق ، وقد ذكر فيها مضي (لأن في
الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك
بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل
التزام الخمر) لكونها غير مال متقوم في حقه فلا يصح (ولو أداها عتق) أي ولو أدى
الخمر عتق ، أراد أن العبد المسلم إذا أدى الخمر عتق أيضاً لوجود معنى التعليق كما ذكرناه
مستقصى مع الخلاف (وقد بيناه من قبل والله أعلم) أشار به إلى ما ذكره في أول الفصل
بقوله فان أدى الخمر عتق .

وقال زفر « رح » لا يعتق . وفي شرح الكافي ذمي ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه قال هو
جائز ولا يرد لأن تخليصه بإزالة ملكه عن المسلم وبالكتابة يجعل هذا المعنى ، وإن
كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز ، فان أدى الخمر عتق وعليه قيمته كما في البيع الفاسد .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ،

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

لما بين أحكام الكتابة بنوعها شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز ، فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح .

(قال) أي القدوري (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) خلافاً لمالك والشافعي « رح » في قول (لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به) أي حال كونه مستقلاً بالتصرف (تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل) أي بدل الكتابة ، وانتصاب تصرفاً (والبيع والشراء من هذا القبيل) أي من قبيل التصرف الذي يوصل المتعاقدين إلى مقصودهما ، لأن مقصود البائع الوصول إلى الثمن ومقصود المشتري الوصول إلى العين وذا لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وكذلك ها هنا مقصد السيد الوصول إلى بدل الكتابة ، ومقصود العبد منه الحرية وذا يحصل بالبيع والشراء .

(وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر ، فيحتاج إلى المسافرة) فان قلت فيه غرور وخطر . قلت يبطل بالرهن والوديعة ، فان فيها ذلك وبصحان من المكاتب (ويملك البيع بالمحاباة) وهي بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلاً وهو على وزن

لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحايي في صفقة ليربح في أخرى .
قال فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً ،
لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة
الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد ، لأنه
شرط لم يتمكن في صلب العقد

مفاعلة من حايى يحايي وثلاثية حتى يقال حباه حبوه أى اعطاء والهباء العطاء وحبابه
في البيع محاباة . وقال الثلاثة لا يملك البيع بالمحاباة لأنه تبرع كالهبة والعق .
ولنا ما قاله بقوله (لأنه) أى لأن البيع بالمحاباة (من صنيع التجار ، فإن التاجر
قد يحايي في صفقة واحدة) استحلالاً^(١) بقلوب الناس إليه (ليربح في أخرى) أى في
صفة أخرى ، وهذا كما ترى لم يذكر فيه الخلاف . وقال في شرح الطحاوى ولا يجوز
للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولها ، ويجوز في قول أبي حنيفة يجوز بيع المكاتب
بالقليل والكثير . وقال بما يتغابن في مثله .

(قال) أى في الجامع الصغير (فان شرط عليه) أى فان شرط المولى على المكاتب
(أن لا يخرج من الكوفة) هذا ليس بقيد ، بل الحكم في غير الكوفة كذلك ، وتخصيصها
بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها (فله ان يخرج استحساناً) وبه قال الشافعي . وفي قول
لا يجوز له الخروج بدون الشرط ، فبالشرط أولى وهو القياس .

وأشار إلى وجه الإستحسان بقوله (لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية
اليد على جهة الإستبداد) أى الإستقلال ، يقال فلان استبد برأيه أى انفراد (وثبوت
الاختصاص بنفسه) أى اختصاص العمل في الكوفة (فبطل الشرط) أى شرط المولى
عدم خروجه من الكوفة (وصح العقد) أى عقد الكتابة ، وهذا في نفس الأمر جواب
عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع ، فقال وصح العقد (لأنه شرط) أى
لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرطاً (لم يتمكن في صلب العقد) لأن الداخل في

(١) ربما أراد استجلاباً لقلوب الناس ، اهـ مصححه .

وبمثلله لا تفسد الكتابة لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه في البذل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة في جانب العبد اعتاق ، لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد

صلب العقد ما يكون في البدلين وهنا ليس كذلك ، لأنه شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله (وبمثلله) أي بمثل هذا الشرط (لا تفسد الكتابة) وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحوما إذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زماناً ، أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها ما دامت مكاتبه ونحو ذلك .

(وهذا) أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسداً وبين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد (لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث أنها تحمل الفسخ في الابتداء (وتشبه النكاح) أي وشبه النكاح من حيث أنها لا تحتل الفسخ في الابتداءية هبة والنكاح بعد تمام المعقود بالأداء . قال تاج الشريعة تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ولا تصح بدون البذل ، ويحتل الفسخ قبل الأداء ، ويشبه النكاح من حيث أنها معاوضة مال بغير مال (فألحقناها بالبيع في شرط تمكنه في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة) بأن قال كاتبك على أن تخدمني مدة كما ذكرنا عن قريب (لأنه في البذل) أي لأن الشرط في البذل فيكون في صلب العقد (وبالنكاح) أي ألحقناه بالنكاح (في شرط لم يتمكن في صلبه) أي في صلب العقد فيصح العقد ويبطل الشرط (وهذا هو الأصل) أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين هو الأصل .

(أو نقول إن الكتابة في جانب العبد اعتاق) لأن الاعتاق إزالة الملك لا إلى أحد والكتابة كذلك ، لأنه لا يحصل للمكاتب شيء ، وإنما يسقط عنه ملك مولاه (لأنه إسقاط الملك) أي لأن عقد الكتابة إسقاط الملك وفك الحجر وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق . (وهذا الشرط يخص العبد) أي شرط عدم الخروج يحتمل العبد ، أي يتعلق به

فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط ، والاعتاق لا يبطل بالشروط
الفاسدة . قال ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر
مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة
إليه . ويجوز بإذن المولى ، لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق
إلا بالشيء اليسير ، لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك
ليملكه ، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد
بداً من ضيافة

(فاعتبر) أي عقد الكتابة (إعتاقاً في حق هذا الشرط) أي شرط عدم الخروج
(والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة) كما لو أعتق عبداً على أنه نائبه فإن الشرط باطل
والإعتاق صحيح لقوله ~~وإعتاقه~~ الولاء لمن أعتق فدل الحديث على أن الشرط الفاسد
لا يبطل الإعتاق .

(قال) أي القدوري (ولا يتزوج إلا بإذن المولى) وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي
ليلى « رح » إن شرط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه وإن لم يشترط ذلك
جاز له التزوج بغير إذنه ليملكه منافع نفسه (لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك
ضرورة التوصل إلى المقصود) أي لأجل ضرورة التوصل إلى المقصود فمقصود المولى البذل ،
وذلك بقيام الملك ، ومقصود المكاتب تحصيل الكسب للايفاء (والتزوج ليس وسيلة إليه)
أي إلى المقصود ، لأن التزوج ليس من اكتساب المال ، بل فيه التزام المهر والنفقة وأعاد
تاج الشريعة « رح » الضمير في اليد إلى الاكتساب وليس بظاهر .

(ويجوز) أي التزوج (بإذن المولى ، لأن الملك له) معنى ملك قائم فيه فهو كالقهر
فلا يجوز له إلا بإذن (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) أي ما دون الدرهم ، لأنه
قليل يتوسع فيه الناس قاله تاج الشريعة (لأن الهبة والصدقة تبرع ، وهو غير مالك
ليملكه) بتشديد اللام (إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بداً
أي مفارقة (من ضيافة) وفي بعض النسخ من إضافة فالأول من ضاف والثاني من أضاف

وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً يملك ما هو من
ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات
التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع

(وإعارة) شيء مثل الدار أو الثياب استجلاء لقلوبهم (ليجتمع عليه المجاهزون) أي
على المكاتب وهو جمع مجاهز وهو عند العامة الغني من التجار ، وكأنه أريد به المجهز
وهو الذي يبعث التجارة بالجهالة وهو فاخر المتاع ويسافر به ، كذا قال في المغرب أراد
إطلاق المجاهز على الغني لغة العامة والعرب لم تتكلم به ، والمستعمل في اللغة المجهز ولكنه
أعم من أن يكون في بعث التجارة بالجهاز وغيره ، يقال جهاز بعثه وجهاز الجيش وجهاز
الغازي والميت وغير ذلك وتجهز السفرة إذا استعد والجهاز بفتح الجيم وكسرهما
جهاز العريس .

(ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه) فالمكاتب يملك التجارة فيملك
ما هو من ضرورات التجارة كالضيافة والإعارة والشيء اليسير من الهبة أو الصدقة
(ولا يتكفل) سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره وسواء كان باذن مولاه أو بغير
إذنه وحكم كفالته في المال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد المعتق لا في الحال
(لأنه تبرع محض) أي لأن التكفل تبرع خالص (وليس من ضرورات التجارة
والاكتساب فلا يملكه بنوعيه) أي لا يملك التكفل بنوعيه وهما التكفل بالنفس والتكفل
بالمال وفسرهما بقوله (نفساً ومالاً) وانتصاهما تقديرأ عيني (لأن كل ذلك تبرع) أي لان
كل التكفيل تبرع ، يعني سواء كان بالنفس أو بالمال أو بأمر المكفول عنه أو بغير أمره .
أما بغير الامر فظاهر ، وكذا بالامر لان الكفيل عند الاداء كالقرض للمكفول عنه
والإقراض تبرع ، لانه إعارة ، وكذا الكفالة بالنفس تبرع محض .

فان قلت بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك . قلت ربما يعجز
عن ذلك فيجبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر . وفي الكافي للعالم ولا يجوز كفالة
المكاتب بالمال ولا بالبذل باذن المولى وبانفراده ، وكذلك قبول الحوالة ، فان تكفل

ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب، فإن وهب على عوض لم يصح ، لأنه تبرع ابتداء . فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل^(١) تحت العقد . قال وكذلك إن كاتب عبده

بأذن سيده ثم عجز لم يلزمه تلك الكفالة ، لان ضمانه كان باطلا وإن أذن فعتق لزمه الكفالة ، لانه كفل وهو بمنزلة العبد ، ولو أن عبداً محجوراً كفل بكفالاته ثم عتق لزمته الكفالة . ولو كان المكاتب صغيراً حين كفل لم يؤخذ بها وإن عتق لزمته الكفالة . (ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الإكتساب) حتى لو أقرض لا يطلب للمستقرض أكلاه ، إلا أن يكون مضموناً عليه حتى لو تصرف فيه يحوز (فإن وهب على عوض لم يصح ، لانه تبرع ابتداء) والتبرع غير داخل في عقد الكتابة (فإن زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر ، فدخل تحت العقد) أى عقد الكتابة ، وكذا له أن يوكل بتزويجها ، بخلاف ما لو زوجت المكاتبه نفسها حيث لا يحوز .

فان قلت فعل التعليل المذكورة ينبغي أن يحوز . قلت لان رقبته باقية على ملك المولى فيمتنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد بها بالتزويج . ولانه عيب ، فربما يعجز ، فينبغي هذا العيب من ملك المولى .

فان قلت فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويجها ابنته ومع هذا لا يحوز . قلت نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته . ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى أسيراً جديداً فيها ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته . ولو زوج المكاتب أمته عن عبد فمن أبي يوسف أنه يحوز ، وفي ظاهر الرواية لا يحوز .

(قال وكذلك إن كاتب عبده) أى يحوز ، وبه قال مالك والقاضي الحنبلي وأهل

(١) فیدخل - هامش .

والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي «رح» ،
لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال . وجه
الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ،
وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد
وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ، ولهذا يملكه الأب والوصي
ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على
مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له .

الظاهر (والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي «رح») وقول أحمد «رح»
(لأن ماله العتق) أى مال عقد الكتابة العتق (والمكاتب ليس من أهله) أى من أهل
العتق (كالإعتاق على مال) أى إذا قال المكاتب لعبده أدي إلي ألفاً وأنت حر لا
يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لأن الكتابة بالمال كالتعليق .
(وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع) أى كما
يملك تزويج أمته والبيع والشراء ، لأنه عقد اكتساب للمال (وقد يكون هو) أى عقد
الكتاب (أنفع له من البيع ، لأنه) أى لأن عقد الكتابة (لا يزيل الملك) أى ملك
المولى عن العبد المكاتب (إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله) أى البيع يزيل
الملك قبل وصول البدل وهو الثمن إليه ، فلما ملك البيع فالكتابة أولى (ولهذا يملكه
الأب والوصي) أى ولاجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه بملك الأب
الصغير أو وصيته أن يكاتب عبده الصغير .

(ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) أى ثم المكاتب الأول يثبت للمملوك ، أى
للمكاتب أراد أنه يثبت بالكتابة مالكية للتصرف للشافعي والأصل أن من ملك شيئاً يملك
تقليبه إلى غيره كالمير يعير ، والمستأجر يستأجر ، بخلاف المودع ، لأن المالك لم يرض
بدفعه إلى غيره .

(بخلاف الإعتاق على مال لأنه) أى لأن الإعتاق على مال (يوجب فوق ما هو

قال فان أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولأؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ويصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى . قال فلو أدى الأول بعد ذلك وعق

ثابت له) أي يثبت للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، تحريره أن الإعتاق على مال فوق الكتابة ، لأنه إزالة الملك في الحال على وجه لا يرد له ، وهذا غير ثابت للمكاتب ، ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، وذلك لا يجوز .

(قال فإن أدى الثاني) أي مكاتب المكاتب ، أي أدى بدل كتابته (قبل أن يعتق الأول) أراد قبل أداء الأول بدل الكتابة لأنه لا يعتق إلا بالأداء (فولأؤه للمولى) أي ولاء مكاتب المكاتب يكون للمولى يعني يعتق لتحقيق الشرط ، ويكون ولأؤه للمولى (لأن له فيه نوع ملك) أي لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك ، لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابه للمولى للأول بمنزلة علة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكاً للمولى كالأول (ويصح إضافة الإعتاق إليه) أي إلى المولى (في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق معتقه ، ولهذا يدخل في الاستئمان على مولاه . ولو أوصى لمولى فلان وليس له معتق في الأحياء وله معتق يستحق هو الوصية (فإذا تعذر إضافته) أي إضافة عتق الثاني (إلى مباشر العقد) وهو المكاتب الأول الذي هو العلة (لعدم الأهلية) أي لعدم أهلية مباشرة العقد لكونه رقيقاً (أضيف إليه) أي أضيف العقد إلى المولى الذي هو العلة ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافة إلى العلة (كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الأهلية .

(فلو ^(١) أدى الأول) أي المكاتب الأول (بعد ذلك) أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه ، وكون ولايته للمولى (وعق) أي الأول لأداء بدل الكتابة (لا ينتقل

(١) قال فلو أدى - هامش .

لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقاً ، والولاء لا ينتقل من المعتق وإن أدى الثاني بعد عتق الاول فولأؤه له ، لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له ، قال وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يحز ، لأن هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه ، أما الاول فلأنه إسقاط الملك عن رقبتة وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبهه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني

(الولاء إليه) أي إلى المكاتب الأول (لأن المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن ^(١) المعتق) لأن المولى معتق مباشرة من وجه ، بخلاف جر الولاء ، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة ولكن تسبيهاً باعتبار اعتناق الأم ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة ، والتعذر عند عدم عتق الأب ، فإذا أعتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب .

(وإن أدى الثاني بعد عتق الأول) أي إن أدى المكاتب الثاني بدل المكاتب بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة (فولأؤه له) أي ولا الثاني للأول (لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل) لانه مباشر للعتق (فيثبت له) أي للعاقد وهو المكاتب الاول .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن أعتق عبده على مال) أي إن أعتق المكاتب عبداً على مال (أو باعه من نفسه) أي أو باع المكاتب نفس العبد من العبد (أو زوج عبده لم يحز ، لأن هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) أراد من توابع الكسب ضروراته مثل إضافة من يعامل معه ، والإعارة له والإهداء إليه بشيء يسير .

(أما الاول) أي إعتاق عبده على مال (فلانه اسقاط الملك عن رقبتة وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبهه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني) وهو بيع عبد على مال فلانه

لأنه إعتاق على مال في الحقيقة ، وأما الثالث فلأنه تنقيص
للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج
الامة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال وكذلك
الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لأنها يملكان
الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الامة والكتابة نظراً له ولا
نظر فيما سواهما والولاية نظرية . قال فأما المأذون له فلا يجوز
له شيء من ذلك

اسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس ، وكذا الثاني وهو بيع عبد من نفسه
(لأنه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث) وهو تزويج عبده (فلأنه تنقيص للعبد
وتعييب له) لأن من اشترى عبداً ووجد عيباً يتمكن من الرد بذلك العيب (وشغل
رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الامة ، لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر) أشار
به إلى قوله وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال .

(قال وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) في جميع ما ذكر ،
أي يجوز له تزويج أمته وكتابة عبده ، وبه قال مالك وأحمد . وعن أحمد يجوز اعتاقها
على مال أيضاً . وقال الشافعي لا يملكان كالمكاتب شيئاً من ذلك (لأنها يملكان الاكتساب
كالمكاتب ، ولأن في تزويج الامة والكتابة نظراً له) أما في تزويج الامة فلما مر آنفاً .
وأما في الكتابة فلأنه بالعجز يرد رقيقاً ، فربما كان العجز بعد أداء نجوم ، وذلك لا شك في
كونه نظراً (ولا نظر فيما سواهما) أي ما سوى تزويج الامة والكتابة (والولاية
نظرية) هذا الكلام في معرض التعليل ، يعني إنها لا يجوز سواهما ، لأن ولايتهما نظرية
ولا نظر في غيرهما .

(قال) أي في الجامع الصغير (فأما المأذون له) أي العبد المأذون له في التجارة (فلا
يجوز له شيء من ذلك) أي مما ذكر من الأشياء . وفي بعض النسخ فلا يملك شيئاً من

عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وقال أبو يوسف «رح» له أن يزوج أمته ،
وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

ذلك (عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أي للمأذون تزويج أمته (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان) قال السفناقي الاصل في هذا أن كل من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة كالأب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وأمين القاضي وكل من كان تصرفه خاصاً في التجارة كالمضارب وشريك العنان والمأذون لا يملك تزويج الامة عند أبي حنيفة ومحمد ، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي .

قلت وعن هذا قال الكاكي قيل لفظ المفاوض هاهنا سهو من المكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب . وقال صاحب العناية ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتاب عبد الشركة بلا خلاف . واستدل ينقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف . وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه . قلت أراد ببعض شروح الشراح الاترازي فانه قال في قوله وعلى هذا الخلاف المضارب ... إلى آخره .

ولنا في هذا النقل نظر ، لان المفاوض يجوز له تزويج الامة بالاتفاق ولا يجوز ذلك من أحد شريكي العنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ألا ترى إلى ما نص الكرخي في مختصره في باب المفاوضة ، ويجوز لأحد المفاوضين أن يكتاب عبيد التجارة ويأذن لهم في التجارة ، ولا يجوز أن يعتق شيئاً من رقيق التجارة على مال ، ولا يجوز أن يزوج العبد أيضاً ، ويجوز أن يزوج الامة ، ويجوز أن يدفع المال مضاربة ، إلى هنا لفظ الكرخي ذكر تزويج إلا ما للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى ، وكذلك أثبتة القدوري «رح» في شرحه .

وفي شرح الكافي ولأحد المفاوضين أن يكتاب عبداً من تجارتهما وله أن يأذن له في التجارة وليس له أن يعتق على مال ولا أن يزوج الامة ، وليس لشريك العنان أن يزوج الامة ولا أن يكتاب ، وكذلك المضارب . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فهؤلاء الأربعة الأصناف لا يجوز عتقهم عن مال ، ويجوز كتابتهم . وفي الاستحسان وفي

هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة ،

قول بشر لا يجوز كتابتهم ، وإن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالإتفاق ، انتهى . وأراد بالأصناف الأربعة الأب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب ، ثم قال الفقيه ولو كان عبداً مأذوناً أو شريك عنان أو مضارباً زوج أحد هؤلاء الثلاثة لم يحز في قول أبي حنيفة ومحمد «رح» ويجوز في قول أبي يوسف «رح» ، ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالإتفاق. ولو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يحز بالإتفاق .

وفي شرح الطحاوي الأب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة ، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة وليس لهم تزويج العبد. وأما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب لا يجوز الكتابة ولا تزويج العبد بالإجماع ، وفي تزويج الأمة اختلاف عند أبي حنيفة ومحمد «رح» لا يجوز ، وعند أبي يوسف يجوز ، انتهى . فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة .

(هو قاسه) أي أبو يوسف «رح» قاس المأذون في جواز تزويج الأمة (على المكاتب) حينئذ يجوز له تزويج الأمة (واعتبره بالإجارة) أي اعتبر التزويج بالإجارة . فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمه ، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته .

فإن قلت لم اختار لفظ القياس في الأول والإعتبار في الثاني . قلت نقل الأتراسي عن بعضهم أنه قال استعمل لفظ القياس في المعنيين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الإعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين المعنيين ظاهرة إذ كل منهما قلت الحجر^(١) وإطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس كذلك . وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين ، بخلاف التزويج ، فكان استعمال لفظ الإعتبار أليق .

وقال صاحب العناية فيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرع فذلك لا يكون بين عيين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته . قلت المراد من القياس معناه اللغوي وهو

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل وربما أراد - فك الحجر - اه مصححه .

ولهما أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا ليس بتجارة ، فأما
المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا اكتساب . ولأنه مبادلة المال بغير
المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا
لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

التقدير ، يقال قاس الطبيب الجراحة إذا قدر بالمسار غورها والمساواة أيضاً يقاس الفعل
بالفعل ، أي ساوى أحدهما بالآخر وجعله على مثاله ، وهذا المعنى ظاهر بين المأذون والمكاتب ،
لأن بينهما مساواة في فك الحجر وإطلاق التصرف والإعتبار رد الشيء إلى نظيره ،
فاستعمال هذا بين التزويج والإجارة ، أو لأن أحدهما نظير للآخر في الفعلية ، لأن كل منهما
تصرف مطلقاً ، ودعوى صاحب العناية رحمه الله للترادف بين القياس والإعتبار غير ظاهرة
يحتاج إلى برهان .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وعمد رحمهما الله (أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا)
أي تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة كذلك (فأما
المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا) أي تزويج الأمة (اكتساب) لأنه إسم لما يوصل به
إلى المال ، وبالتزويج يصل المولى إلى المهر ، فكان اكتساباً .

(ولأنه) أي ولأن تزويج الأمة ، وهذا دليل آخر (مبادلة المال بغير المال فيعتبر
بالكتابة) أراد أن اعتبار التزويج بالكتابة أولى من اعتباره بالإجارة ، لأن التزويج مبادلة
المال بغير المال ، وكذا الكتابة في الإبتداء مبادلة مال بغير المال (دون الإجارة) يعني لا
يعتبر بالإجارة (إذ هي) أي الإجارة (مبادلة المال بالمال) لأن المنفعة قائمة مقام العين ،
فيكون في حكم المال ، ولهذا يصلح مهراً في النكاح وانتفاء النكاح شرع بالمال (ولهذا)
أي ولأن التزويج ليس من التجارة (لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد) أي المكاتب
والمأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان ، لأن تزويج العبد ليس من التجارة ، لأنه
ليس مبادلة المال بالمال ولا هو من اكتساب المال . وقال أبو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب
تزويج عبد ، ولنا ما ذكرناه .

فصل

قال وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته

(فصل)

أي هذا فصل في بيان من يدخل في الكتابة ، وبين فيما مضى من يدخل أصلاً ،
وما هنا يبين من يدخل تبعاً ، والتبع إلى الأصل .

(قال) أي القدوري (وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته) ها هنا
أمور ، الأول : أنه قدم أباه على ابنه للتعظيم . وأما في ترتيب قوة الدخول في كتابته
فالابن مقدم على الأب ، سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشترى ، والمولود مقدم على
المشترى ، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإن يحرم بيعه
حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب والمشترى يحرم بيعه حال الحياة ويقبل
منه البدل بعد موت الأب حالاً ، ولا يمكن من السعاية على نجوم الأب لا يظهر نقصان حاله
عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الأب فإنه يحرم بيعه حالة حياة ابنه المكاتب
ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلاً .

الثاني : أنه قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد
عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك ، بل إذا عجز المكاتب مع الأب لما أن كتابة الداخل
بطريق التبعية لا الأصالة .

الثالث : أن حكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه أو ابنه ولم يذكرها اكتفاء بالأب ، ولو
ذكرها كان أولى ، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعاً له ، حتى يردون إلى الرق بعبجزة
كما نهينا عليه . وفي الأجناس لو اشترى المكاتب أباه أو جده أو ولده أو أمه ليس له
بيعه في قول أبي حنيفة . وقال ليس له بيع هؤلاء . وفي المهرج قال أبو حنيفة للمكاتب
أن يكاتب أبوه وأولاده المشتراة فدل أنهم لم يكاتبوا عليه ، هكذا ذكر صاحب الأجناس .

الرابع : يحتاج إلى بيان الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد بين ما إذا كاتب
عبداً على نفسه ولد الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء . وإذا أعتق

لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه ، وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية .

الصغير سقط من البذل ما يخصه وهو أن المشتري تبع من كل وجه ولا معتبر به في أمر البذل لتقررره . قيل دخوله في المكاتبه وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالمقد من وجهه وكان البذل في مقابلته ومقابلة والده ، فلهذا يسقط ما يخصه .

الخامس : أن شراء ذوي أرحامه يجوز عندنا وعند الثلاثة لا يجوز ، لأنه تصرف تبرع بالإعتاق . وقال القاضي الحنبلي يجوز لأنه تصرف لا ضرر فيه من السيد ، أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففي صحته للشافعي قولان . وعن أبي إسحاق المروزي من أصحابه القطع بالصحة ، وعند أحمد يجوز ، ثم على قول الصحة يتكاتب عليه ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال مالك وأحمد «رح» .

(لأنه) أي لأن المكاتب (من أهل أن يكاتب) على وزن بناء الفاعل (وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً) بكسر التاء (تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه) أراد أن الحر إذا ملك لذي رحم محرم يعتق عليه تحقيقاً لصلة الرحم ، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يتكاتب عليه تحقيقاً لصلة الرحم بقدر الإمكان .

(وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له) كالأخ والأخت والعم والعمة (لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة . وقالوا يدخل اعتباراً بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما) أي ينتظم قرابة الولادة وذا الرحم المحرم غير الولادة (ولهذا) أي ولأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبيلين (لا يفترقان في الحر في حق الحرية) أي إذا اشترى الحر أباه يعتق عليه فكذا إذا اشترى أخاه .

وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً غير أن الكسب يكفي
 للصلة في الولاد ، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد
 والولد ، ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر .
 ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فالحقناها
 بالثاني في العتق ، وبالأول في الكتابة

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن للمكاتب كسباً لا ملكاً) لوجود ما ينافيه
 وهو الرق ، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها وتحل الصدقة له ، وإن أصاب
 كسباً ولا يملك الهبة كذا في الأسرار (غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد) أراد أن
 قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولادة (حتى أن القادر على الكسب يخاطب
 بنفقة الوالد والولد) وإن لم يكن موسراً (ولا يكفي^(١) لغيرها) أي ولا يكفي الكسب
 بغير الصلة (حتى لا يجب نفقة الأخ) المعسر على الأخ المعسر ، وإن كان يقدر على الكسب
 والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة (إلا على الموسر) أي
 على الموسر .

(ولأن هذه قرابة) أي قرابة الأخوة (توسطت بين بني الأعمام) التي هي القرابة
 البعيدة (وقرابة الولاد) أي وبين قرابة الولاد التي هي القرابة القريبة . الحاصل أن
 الأخ يشبه بني الأعمام في حق الزكاة وحل الحيلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ، ويشبه
 الولاء في حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينها إنكاحاً ، فالمشابهة للشبهين ذو
 حظ منها ، فعملنا بالشبهين (فالحقناها بالثاني) أي إذا كان كذلك فالحقنا قرابة الأخوة
 التي هي المتوسطة بالثاني وهو قرابة الولاد (في العتق) حتى إذا ملك الحر أخاه يعتق
 عليه ، كما إذا ملك والد ولده (وبالأول في الكتابة) أي ألحقناها بالأول وهو القرابة
 البعيدة التي أي بنو الأعمام في حكم الكتابة ، حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في

(١) ولا يكفي في غيرهما - هامش .

وهذا أولى ، لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجوز بيعها ، ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه . وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم

كتابته ، كما إذا ملك ابن عمه عملاً بالشبهين وتوفيراً لها حفظها .
(وهذا أولى) أي العمل على هذا الوجه أولى من العكس (لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب) للعبد المشترك بينهما (كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه) أي فسخ العتق . فلو قلنا يتكاتب عليه أخوه إذا اشتراه وجب علينا أيضاً أن نقول إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه أيضاً ، فحينئذ تلزم العمل بشبه قرابة بني الأعمام ، فلا يبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطة بين القرابتين ، لأن المتوسط ذو حظ من الجانبين ، فما لم يعمل لها لم يبق المتوسط متوسطاً .

(قال) أي القدوري (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة) أراد اشتراء أم ولده ومعه ولده منها على ما يحيى الآن ، والأصل في هذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها وله ملك اليد لا يبطل النكاح (ولم يجوز بيعها) أي بيع أم ولده بعد أن اشتراها ومعه ولده منها ، أما إذا اشترى امرأته ولم يكن لها ولد منه فله أن يبيعها ، لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة ، فلا يمنع البيع بسببه ، وكذا المكاتب إذا اشترت زوجها لم يبطل نكاحها وله أن يطاها بالنكاح ، لأنها لم تملك رقبتها حقيقة .

(ومعناه إذا كان معها ولدها) أي معنى قول محمد إذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجوز بيعها إذا كان منها ولداً (أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه) أراد به ما ذكره بأول الفصل لأنه من أهل أن يكاتب . (وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم) أي في حكم الحرية .

قال عليه السلام أعتقها ولدها

فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها ، وما هنا ثبت للولد حق الحرية ، فينبغي أن لا يثبت للأم تحقيقاً لانحطاط رقبته عن الولد . قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط رقبته .

فإن قلت لم لا تصير مكاتبه تبعاً للولد . قلت العقد انما ورد على المكاتب ، والولد جزؤه ، فيكون وارداً عليه بخلاف الأم .

(قال عليه السلام أعتقها ولدها) أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد المذكور ، لأنها عتقت بعتق ولدها ، لأنه عليه السلام أخبر بهذا ، ثم هذا الحديث أخرجه البيهقي من رواية أبي أويس وأبي بكر بن أبي سبرة عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس ولم يذكر أبو أويس ابن عباس قال لما ولدت أم إبراهيم ابن النبي ﷺ قال أعتقها ولدها ، ثم البيهقي رواه من حديث زياد بن أيوب ثابطة عن سعيد بن زكريا عن ابن أبي بشار عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ثم قال ولحديث عكرمة علة عجيبة ، ثم روى عن سعيد بن مسروق عن عكرمة عن عمر قال أعتقها ولدها ، وإن كان سقطاً . ثم روى عن حنيف عن عكرمة عن ابن عباس قال عمر رضي الله عنه فذكر نحوه ، قال فعاد الحديث إلى عمر رضي الله عنه ثم جعله الصحيح . قلت هاتان قضيتان مختلفتان لفظاً ، روى عكرمة أحدهما مرفوعة والأخرى موقوفة ، فلا تعلل أحدهما بالأخرى . وقد أخرج الحاكم في المستدرک الرواية المرفوعة وقال صحيح الإسناد ثم ذكر لها متابعة . وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عاصم عن أبي بكر النهثلي عن حسين بن عبد الله ، والنهثلي أخرج له مسلم ووثقه جماعة . وقد جاء للحديث متابعة من وجه آخر بسند جيد .

قال ابن حزم رويناه من طريق قاسم بن صبح حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله ابن عمر هو الوقي عن عبد الكريم الحيري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية أم إبراهيم عليه قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ، ثم قال ابن حزم وهذا خبر جيد

وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف
ومحمد «رح» لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة «رح» . وله أن
القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب
موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ ، إلا أنه يثبت هذا الحق
فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد
لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه .

السند كل رواه ثقات . وقال في كتاب البيوع صحيح السند وقد بسطنا الكلام فيه
في باب الإستيلاد .

(فإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب) يعني لم يحز بيعها (في قول أبي يوسف
ومحمد ، لأنها أم ولد ، خلافاً لأبي حنيفة «رح» . وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن
القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف) أي متردد بين
أن يؤدي البدل فيعتق وما فضل من البدل له ، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى .
ولهذا لا يفسد نكاح امرأته بشرائها ولا تصح تبرعاته فلم أنه لا ملك له (فلا يتعلق به)
أي بكسبه (ما لا يحتمل الفسخ) وهو الإستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل
للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ ، وكلاهما لا يجوز . والتحرير أنه كسب موقوف وكل
موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق
به ما لا يقبل الفسخ كالإستيلاد ، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز
أن يكون تبعاً للادنى .

(إلا أنه يثبت هذا الحق) وهو امتناع البيع (فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته)
أي لثبوت امتناع البيع (في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت) هذا الحق (يثبت
ابتداء) أي في ابتداء الأمر (والقياس ينفيه) يعني لا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف
ما إذا كان معها الولد .

فإن قلت القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فخصص

وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري
فكان حكمه كحكمه وكسبه له ، لأن كسب الولد كسب كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة ،

نفيه بالإبتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحم . قلت ليس بتحكم وإنما هو من باب
الإستحسان بالآخر ، وهو قوله ~~يعتق~~ أعتقها ولدها ، ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم
إذا ملكه الأب .

(وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا) أشار به إلى قوله لانه من
أهل ان يكاتب وإن لم يكن من أهل العتق (في المشتري) أي في الولد المشتري .
فان قلت المكاتب لا يملك التسري ولا وطء أمته وبه قالت الثلاثة ، فمن أين له ولد
حتى يدخل في كتابته . قلت نعم ، إلا أن له في ملك مكاتبه يدأ كالحر ، وذلك يكفي
لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطئه كما في الجارية المشتركة وجارية الإبن
إذا وطئها الأب وادعى الولد ، والدليل على ان المكاتب مثل الحر في ادعاء ما ذكره في
المبسوط بقوله جارية بين حر ومكاتب ولد فادعاء المكاتب قال الولد ولده ، والجارية
أم ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً ، لأن
المكاتب بماله في حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر ، فبقيام الملك له في نصفها هنا
يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ، ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع
تبعاً لثبوت حق الولد .

(فكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب ، وبه قالت الثلاثة رحمهم
الله . وعند الظاهرية ولده من جاريته حر وهل تصير الامة أم ولد له ، للشافعي رحمه الله
فيه قولان ، احدهما انها تصير أم ولد له ، وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد رحمهم الله ،
والثاني لا تصير أم ولد له ، وبه قال ابو حنيفة ومالك ، وهو رواية عن احمد « رح »
(وكسبه له) أي كسب الولد لو ااده (لان كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه
(ويكون كذلك قبل الدعوة) بكسر الدال ، اي قبل دعوة النسب ، أراد ان للولد

فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتبه ولداً ،
لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً ، فيسري إلى الولد كالتدبير
والاستيلاد . قال ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً
دخل في كتابتها وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح

والكسب كان له قبل الدعوة (فلا تنقطع بالدعوة اختصاصه) أي اختصاص المكاتب
بكسب ولده ، أراد اختصاصه الذي كان ثابتاً قبل الدعوة .

(وكذا إذا ولدت المكاتبه ولداً) أي من زوجها أو من زنا يدخل في كتابتها ، وبه
قالت الثلاثة (لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً) أي مقررأً ، فصار من الأوصاف
القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق
يسري إلى الأولاد ، فأشار إلى ذلك بقوله مؤكداً ، واحترز به عن ولد الأبقه ، فإن
بيعه لا يحوز ويبع ولدها يحوز ، لأن امتناع البيع في الأبقه غير مؤكد إذ الإباق مبالا
يدوم ، وكذا بيع المستأجرة والحايبة ، فان الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقرونا
بشيء ، لكنه ليس بمؤكد .

فقولهم الأوصاف القارة احترازاً عن مثل هذين الوصفين . وقولهم الشريعة احترازاً
عن السواد والبياض والطول والقصر ، فانها لا تسري ، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم
يحز بيعه كما لم يحز بيع أمه . وقال الشافعي في قوله أن للولد ملك المولى فيتصرف
فيه كيف شاء .

(فيسري إلى الولد) أي يسري هذا الوصف وهو حق امتناع البيع إلى الولد
(كالتدبير والاستيلاد) أي كما يسري الوصف الثابت المؤكد في المدبر وأم الولد
إلى أولادها .

(قال) أي القدوري (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في
كتابتها) هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد ،
ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الأم (وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح) لما ذكرنا

ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه
امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ولداً ثم استحققت فأولادها عبيد ،
ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد بإذن المولى بالتزويج ،
وهذا عند أبي حنيفة

أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد . ثم استوضح ذلك بقوله
(ولهذا يتبعها في الرق والحرية) أي يتبع الولد الأم .

وقع في بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها ، أي في الدخول يتبعها خاصة
والاول هو الأوجه ، لأن فائدة الدخول هو الكسب ، فانه قد ذكر في المبسوط لو قتل
الابن قاتل خطأ فقيمه للأبوين جميعاً ، ولا يختص بها لام فينبغي أن تكون في مسألة تكذا .
قلت تلك المسألة متصورة فيما إذا قبل الوالدين الكتابة عليه ، وحالهما في ذلك سواء ، إذ لا
ولاية عليهما عليه ، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى ، لأن الولد صار مكاتباً بقبولهما ،
فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى قيمة رقبته فلا بد أن تؤخذ القيمة عنه فيكون للأبوين
لأنها كانت تنفقان عليه في حياته ، وكان أحق بحضاته .

وأما الولد المولود في الكتابة ، فان ثبوت الكتابة ها هنا بطريق التبعية وجانب الأم
يترجح في ذلك ، لانه جزء منها ، وهناك ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء .
وفي الكافي لو قبل المولود في الكتابة يكون قيمته للام ككسبه ، وبه قال الشافعي في
قول وأحمد ومالك . وفي قول للسيد ، لانه لا يدخل الولد في كتابتها في قول فيكون قنا
للسيد يجوز بيعه وإعتاقه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت) أي
أدعت (انها حرة فولدت منه ولداً ، ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم) أي
المكاتب لا يأخذ الأولاد (بالقيمة) أي بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما على ما يأتي .

(وكذلك العبد بإذن له المولى بالتزوج) فتزوج قوله من زوجه ثم استحققت ، فان ولده
عبد عندهما ولا يأخذ بالقيمة (وهذا) أي الحكم الذي ذكرنا في الوجهين (عند أبي حنيفة

وأبي يوسف «رح» ، وقال محمد «رح» ، أولادها أحرار بالقيمة لأنه
شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا لأنه
ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد .

وأبي يوسف «رح» ، وقال محمد «رح» ، أولادها أحرار بالقيمة) وبه قال زفر والثلاثة
«رح» ، إلا عن الشافعي «رح» ، في قول كقولها وأكثرهم ذكروا قول أبي يوسف مع أبي
حنيفة إلا أن أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد وما ذكره الجمهور أصح ، لأنه قوله
المرجوع إليه ، وبه صرح القدوري في كتاب التقريب ، فقال قال أبو حنيفة وأبو يوسف
لا يثبت للعبد حكم الغرور أولاده عبيد .

وروى زفر عن أبي حنيفة أنه يكون مفروراً وهو قول أبي يوسف الاول ، وذكر
رجوعه في الدعوى . وقال محمد أولاده أحرار ثم على قول محمد إن كان التزوج من هؤلاء
أعني العبد والمكاتب والمدير باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال . وإن كان بغير
إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق ، هذا إذا غرت المرأة بقولها أنها حرة أو
غرها بان زوجها منه حر على أنها حرة ، فإن الأب يرجع بقيمة الولد على الزوج في الحال ،
وإن كان الذي غره عبداً أو مديراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا ، سواء
كان العبد ماذوناً له أو لم يكن .

وأما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها أباهاً أو
تزوجها رجل على ظن أنها حرة وما قالت زوجتي فاني حرة فانه لا يرجع على المخبر ولا
على المرأة ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة إذا أعتقت لانها غرت حين زوجت نفسها
أنها حرة وضمن الغرور كضمان الكفالة .

(لأنه) أي لأن المكاتب (شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق) وهو كون الأولي
حراً بالقيمة (وهو الغرور) أي سبب ثبوت هذا الحق هو الغرور وهما مشتركان فيه
(وهذا) أي وجه اشتراكهما في هذا السبب (لأنه) أي لأن المكاتب (ما رغب في
نكاحها) أي في نكاح تلك المرأة التي زعمت أنها حرة (إلا لينال حرية أولاده) وفي
بعض النسخ حرية الأولاد .

ولهما أنه مولود بين رقيقين ، فيكون رقيقاً ، وهذا لأن الأصل
أن الولد يتبع الأم في الرق أو الحرية خالفنا هذا الأصل في الحر
ياجماع الصحابة ، وهذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك
مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة

(ولهما) أي لأي حنيفة وأبي يوسف (أنه مولود بين رقيقين) لأن أباه رقيق ما دام
في الكتابة وأمه ظهرت رقبته بثبوت الاستحقاق (فيكون رقيقاً) كما إذا كان عالماً
بجأها (وهذا) توضيح لما قبله (لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق) يعني لأن
القياس اتباع الولد الأم في الرق والحرية لأنه جزؤها (خالفنا هذا الأصل) أي تركنا
هذا للقياس المذكور (في الحر) أي فيما إذا كان الرجل حراً (ياجماع الصحابة) « رض »
فيه نظر لوجود الاختلاف من الصحابة على ما روى ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع ،
حدثنا أبو بكر بن عباس عن مطوف ^(١) عن عامر عن علي رضي الله عنه في رجل اشترى
جارية فولدت منه أولاداً ثم أقام رجل البيعة أنها له قال ترد عليه وتقوم عليه ولدها
فيغرم الذي باعها ما غروها .

قال حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن أبي قبيط عن سليمان بن يسار أن
أمة أتت قوماً ففرتهم وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولاداً فوجدوها أمة
فقضى عمر رضي الله عنه بقيمة أولادها في كل مفروور غره ، حدثنا عبد الأعلى عن سعيد
عن قتادة عن خلاص عن أمته أتت ناساً فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم أن سيدها
ظهر عليها يقضي عثمان رضي الله عنه أنها وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما
أدرك من متاعه .

(وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه) أي ليس في معنى ولد الحر (لأن حق
المولى هناك) أي في مسألة الحر (مجبور بقيمة ناجزة) أي حالة أراد أن الحكم حرية
الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال (وها هنا بقيمة متأخرة

(١) مطرف - هامش .

إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل فلا يلحق به . قال وإن
وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقتها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وإن وطئها على وجه
النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق ، وكذلك المأذون له . ووجه الفرق
أن في الفصل الاول

إلى ما بعد العتاق) فكان المانع من الإلحاق به موجوداً وهو الضرر اللاحق بالمستحق
بالتأخير (فيبقى على الأصل) وهو أن يكون الولد تابعاً لها (فلا يلحق بالمكاتب)
في هذا الحكم .

واعلم أن قوله لأن حق المولى هناك تجوز بقيمة ناجزة ... إلى آخره يدل على أن عند
محمد «رح» أولاد المكاتب في الصورة المذكورة أحرار بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق ،
وهكذا نص عليه في شرح الجامع الصغير وفي المبسوط خلاف هذا وهو أن قيمة الأولاد
والمهر يجب في الحال لوجود الإذن من المولى .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك) يعني اشترى
مكاتب أمة بشراء صحيح ووطئها (بغير إذن المولى) والباقية تتعلق بقوله وطئ ،
وإنما قال بغير إذن المولى ليتبين به فائدة هذا الحكم في إذن المولى ، فلأن يؤخذ به الإذن
بالطريق الأولى . ألا ترى أنه يفارق هذا فيما إذا وجد الوطء في النكاح فإنه لو كان
مأذوناً بالنكاح فنكحها ووطئها يؤخذ بمهرها في الحال . ولو لم يكن مأذوناً به لا يؤخذ
بالمهر في الحال بل يؤخر إلى ما بعد العتق (ثم استحقتها رجل فعليه العقر) أي مهر المثل
(يؤخذ به في الكتابة) في حال الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق ،

(وإن وطئها على وجه النكاح) أي بغير إذن المولى بالنكاح (لم يؤخذ به) أي
بالعقر (حتى يعتق ، وكذلك المأذون له) أي العبد المأذون له في التجارة سواء كان قنأ
أو مدبراً . حكمه كذلك .

(ووجه الفرق) أي بين الوطء على وجه الملك والوطء بالنكاح (أن في الفصل

ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة
وهذا العقر من توابعها ، لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط
الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس
من الإكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة . قال واذا
اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في
المكاتبه ، وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فإن
التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً والكتابة والإذن

(الأول) وهو الوطء على وجه الملك (ظهر الدين في حق المولى ، لأن التجارة وتوابعها)
توابع التجارة كالإعارة والضيافة والهدية السيرة ، ولكن المراد هنا هو العقر فإنه من
توابع التجارة لأنه لولا الشراء لما لزم العقر بل لزم الحد فصار وجوب العقر ملحقاً بدين
التجارة ، لأنه من التوابع فيكون (داخلة تحت الكتابة) لأنه إنما ملك الشراء بسبب
الكتابة ، فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء ، والشراء أوجب سقوط الحد ، وسقوط
الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجبت العقر ، وهو معنى قوله (وهذا العقر) أي الذي
وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة (من توابعها) أي توابع الكتابة (لأنه) أي لأن
الشأن (لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل
الثاني) وهو الوطء بالنكاح (لأن النكاح ليس من الإكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة)
أي فلا يشمل الكتابة ، فوجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة
والإكتساب فيتاخر إلى ما بعد عتقه (كالكفالة) يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به الحرمة ،
لأن الكتابة لا ينتظمها .

(قال وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في
المكاتبه) أي في حال الكتابة (وكذلك العبد المأذون له لانه) أي لان الشراء (من
باب التجارة ، فان التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً ، والكتابة والإذن

ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل ، فكان ظاهراً في حق المولى

فصل

قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شامت مضت
على الكتابة وإن شامت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنها
تلقتها جهتا حرية عاجلة ببذل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما
ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر ،

ينتظمانه (أي الشراء) بنوعيه (وهما الصحيح والفاقد) كالتوكيل (يعني إذا وكل
وكيلاً يتناول الصحيح والفاقد) فكان (أي المقر) ظاهراً في حق المولى لوجود الإذن منه .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب ، وأتى في الفصل لكونها نوعاً
من جنس مسائل الباب .

(قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شامت مضت على الكتابة ، وإن
شامت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبت ، لأن
للمولى في رقبتها حقيقة الملك ، وللمكاتب حق الملك فترجعت الحقيقة على الحق فيثبت
من غير تصديق ، بخلاف ما لو ادعى ولد أمة المكاتبة فإن ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق
المكاتبة ، لأن للمولى حق الملك في اكتسابها دون حقيقة ، فيحتاج إلى التصديق (لأنها)
أي لأن الشان ، وهذا إشارة إلى دليل المتخير (تلقتها) أي المكاتبة . وفي بعض
النسخ تلقاها (جهتا حرية) أي جهتان الحرية ، بالإضافة سقط النون وارتقاعها بالفاعلية
بقوله تلقتها (عاجلة ببذل) أي أحد الجهتين عاجل ببذل ، وهو المضي على الكتابة
(وآجلة بغير بدل) أي الأخرى أجل بلا بدل ، وهو أن تعجز نفسها وتصير أم ولد
فتمتق بعد موته (فتخير بينهما) أي إذا كان أمرها دائر بين الجهتين فتخير بينهما (ونسب
ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسته أشهر أو لاكثر من ستة أشهر (وهو حر)
أي الولد لا يعلم فيه خلاف .

لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة
الاستيلاء بالدعوة . وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها
لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ، ثم إن مات المولى عتقت
بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة ،

(لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها) لأن الدعوة من المولى كالتحرير ، وإنه يملك تحرير
ولدها من غيره قصداً ، فلأن يملك ذلك ضمناً للدعوة بالطريق الأولى (وماله) بفتح
اللام ، أي والذي له (من الملك) في الجارية (يكفي لصحة الإستيلاء بالدعوة) هذا في
الحقيقة جواب عما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتب ناقص ، فلا يصح دعوته ،
فقال الذي له من ملك الرقبة فيها كان لصحة الإستيلاء ، وإن لم يكن له ملك اليد ،
وملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته
دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته ثبتت نسبته ، فلان يثبت
من المولى أولى .

(وإذا مضت على الكتابة) أراد أنها إذا اختارت الكتابة ومضت عليها (أخذت
العقر من مولاها) أي مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لا اختصاصها
بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا) أشار به إلى قوله في فصل الكتابة الفاسدة أنها صارت
أخص بأجزائها .

(ثم إن مات المولى) يعني بعد مضيتها على المكاتبته (عتقت بالإستيلاء وسقط عنها بدل
الكتابة) ولا خلاف فيه ، لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم تسلم بهذه
الجهة فلم يجب البذل .

فإن قلت كان الواجب أن لا يسقط ، لأن الأكساب تسلم لها وهذا آية يقال الكتابة .
قلت الكتابة تشبه المعاوضة ، فبالنظر إلى ذلك لا يسقط البذل ، ويشبه الشرط فبالنظر
إليه يسقط ، ألا ترى أنه لو قال لإمراته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً
تبطل ، فلما عتقت بالإستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين . وقلنا بسلامة الأكساب
عملاً يشبه المعاوضة . وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً يشبه الشرط .

وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة . فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر . ولو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي حرمة وطئها عليه ، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها . فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها ،

(وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبها) أي بدل كتابتها (وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة) وقال أحمد ما في يدها للسيد ، وبه قال الشافعي في قول لبطلان الكتابة فيكون العتق باستيلاد فلا يكون ما في يدها للسيد ميراثاً لابنها . وقال مالك من كان معها في كتابتها من ورثتها يؤدي ما بقي من الكتابة ويرث من ذكرها ممن كان في الكتابة على قسمة الميراث ، ولا يرث منها وارث آخر . قال ابن حزم هذا قول لم يعرف من أحد وخلاف القرآن والسنة والمعقول .

(وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد ، لانه حر . ولو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى) بالسكوت لانه بسبب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء . وهذا محرم وطئها (إلا أن يدعي حرمة وطئها عليه) وفي مبسوط شيخ الإسلام هذا إذا مضت على المكاتبه ، أما لو عجزت بنفسها ولم تمض ثم ولدت فإنه يلزم المولى دون الدعوة لحل وطئها حينئذ .

(فلو لم يدع) أي المولى نسب الولد الثاني (وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لانه مكاتب تبعاً لها) أي لان الولد الثاني دخل في كتابة أمها ، وهذا يؤدي كتابتها على نجوم أمها (فلو مات المولى بعد ذلك) أي بعد المكاتبه (عتق) أي الولد الثاني (وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد) أي لان الولد بمنزلة أم الولد (إذ هو ولدها تبعاً لها) أي لانه ولدها (فيتبعها) فهي لا تسعى بعد موت السيد ، فكذا ولدها تبعاً لها .

قال وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جتها حرية ، فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لان الغرض من إيجاب بدل العتق عند الاداء ، فاذا أعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه ، فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ، غير أنه تسلم

(قال) أي القدوري (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة لعدم تقومها ، فكيف يؤخذ بمقالته بدل الكتابة ، لكن لو جوزه باعتبار أن عقد الكتابة ترد على المملوك ليتوصل به إلى ملك اليد والمكاسب في المال والحرية في ثاني الحال (حاجة أم الولد إلى استعادة الحرية قبل موت المولى) كحاجة غيرها (وذلك بالكتابة) فكان جائزاً (ولا تنافي بينهما) أي بين الكتابة والإستيلاد ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال أحد ما يقتضى العتق ببذل والآخر بلا بدل ، والعتق الآخر لا يثبت بها فكانا متنافيين ، فقال لا تنافي بينهما (لانه) أي لان الشأن (تلقتها جتها حرية) وهما حصول الحرية بالبدل معجلاً ، وحصولها بلا بدل مؤجلاً . وقال ، أي القاضي من أصحاب الشافعي لا يجوز كتابة أم الولد ، لان الشافعي قال إذا استولد المكاتبه صارت أم ولد بحالها ، وبه قال أحمد .

(فان مات المولى عتقت بالإستيلاد) يعني إن مات المولى قبل أداء بدل الكتابة ولفظ القدوري « رح » وإذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة ، هكذا اثبت في شرح الاقطع قال الحاكم الشهيد في الكافي فان مات المولى قبل أن تؤدي عتقت ولا شيء عليها (لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لان الغرض من إيجاب بدل العتق عند الاداء ، فاذا أعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه) أي على المولى (فسقط) أي بدل الكتابة (وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة) بالنسبة إلى البدل (غير أنه تسلم

لها الإكساب والأولاد ، لأن الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الأولاد والإكساب لأن الفسخ لنظرها ،
والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبه قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لأنها باقية .

لها الإكساب والأولاد (أي يعتق الأولاد ويخلص لها الكسب .

قال تاج الشريعة أي الأولاد التي اشترتها المكاتبه في حال الكتابة لا الأولاد التي
ولدت من مولاها وهذا في الحقيقة لدفع شبهة ترد وهي أن استتباع الأولاد في
الحرية والرقبة بالأم إنما يكون ان لو كانت الأولاد متصلة بالأم حالة الحرية والرقبة ،
وها هنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها ، فكيف يعتق الأولاد بعتمها عند موته فأجاب
عنها بهذا ، وقال عدم العتق للأولاد المنفصلة إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في
كتابة الأم بطريقة التبعية ، وها هنا دخلت في كتابتها تبعاً لها ، فلذلك عتقوا بعتمها
وبطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل وتبقى في حقها في حق الأولاد والإكساب ،
ولله أشار بقوله .

(لأن الكتابة انفسخت في حق البدل) أي في حق الأم في حق بدل الكتابة
(وبقيت) أي الكتابة (في حق الإكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها) أي لأن فسخ
الكتابة أي بطلانها لأجل نظرها (والنظر فيما ذكرنا) وهو سقوط الكتابة في حق البدل
وبقاؤها في حق الأولاد والإكساب لأنه على تقدير انقاصها في حق الأولاد والإكساب تصير
الأولاد أرقاء لورثة المولى ، وكذا تصير الإكساب ملكاً لهم وله نظر لهم في ذلك . قيل
في كلامه تعالى لأنه عملك البطلان بانتفاع بقاء الكتابة من غير فائدة ثم علله بالنظر لها
والمعلول الواحد بالشخص لا يعطل بعلمين مختلفتين . وأجيب بأن الكتابة جهتين جهة هي
للمكاتب ، وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى .

(ولو أدت المكاتبه) بنصب المكاتبه ، أي لو أدت أم الولد بدل الكتابة وفي بعض
النسخ ولو أدت بدل الكتابة (قبل موت المولى عتقت بالكتابة) لا بالإستيلاء (لأنها باقية)

قال وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي
إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي
قيمتها أو جميع مال الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقال
أبو يوسف «رح» تسعى في الأقل منها . وقال محمد «رح» تسعى في

أي لأن الكتابة باقية ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي لا يعتق لبطلان الكتابة
على ما ذكره ابن القاضي .

(قال) أي القدوري (وإن كاتب مدبرته جاز) ولا نعلم فيه خلافاً إلا ما روي عن
الشافعي أن التدبير وصية ، والكتابة رجوع عنها ، وإنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة
أم الولد ، وإن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضاً كذلك . وفي المبسوط وضعها في المدبر
(لما ذكرنا من الحاجة) عند قوله لحاجتها إلى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك
بالكتابة (ولا تنافي) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال التدبير يقتضي الحرية
بلا بدل ، والكتابة يبدل فينبغي منافاة فقال ولا تنافي بين الكتابة والتدبير (إذ الحرية
غير ثابتة) في المدبرة (وإنما الثابت مجرد الاستحقاق) أي استحقاق الحرية لا حقيقتها
فتوجهت إليها جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل ، فانتفى التنافي .

(فإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع
مال الكتابة) أراد ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة ، لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة ،
قيد بقوله ولا مال له لأنه لو كان له مال غيرها تخرج هي من الثلث يعتق ويسقط عنها
بدل الكتابة ، كما لو أعتقها ، ذكره في المبسوط ، وقد علم أن المدبر يعتق من الثلث عند
أكثر أهل العلم إلا عند النخعي وداود (وهذا عند أبي حنيفة) أي هذا المذكور من الخيار
بين السعي في ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة هو عند أبي حنيفة رحمه الله .

(وقال أبو يوسف تسمى في الأقل منها) أي من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة ولا
تخير (وقال محمد «رح» تسمى في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف) بين

الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار، أما الخيار ففرع تجزئ الإعتاق، والإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً وقد تلقتها جهتا حرية ببديلين معجلة بالتدبير، ومؤجلة بالكتابة فتخير. وعندهما لما اعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخير.

أصحابنا الثلاثة في موضعين (في الخيار والمقدار، وأبو يوسف «رح» مع أبي حنيفة «رح» في المقدار، ومع محمد «رح» في نفي الخيار، أما الخيار ففرع تجزئ الإعتاق والإعتاق عنده) أي عند أبي حنيفة (لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً) لأنه لم يخرج من الثلث. وفي بعض النسخ بقي الثلثان رقيقاً (وقد تلقتها جهتا حرية ببديلين) أحدهما (معجلة بالتدبير) والأخرى (ومؤجلة بالكتابة فتخير) على صيغة المجهول من المضارع لأن في التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أسير باعتبار الأجل وأداء أقل المالين أعسر لكونه حالاً وإن كان حسب المال متعدياً.

(وعندهما لما اعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين) وهما بدل الكتابة والقيمة (فيختار الأقل لا محالة) بفتح الميم لأن العاقل لا يختار إلا الأقل (فلا معنى للتخير) لأنه لما بقي عليه بدل الكتابة حالاً ووجب عليها ثلث القيمة بالتدبير حالاً لم يكن التخيير مقيداً، فيلزمه أقل المالين بلا خيار، كما لو اعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الأقل بلا خيار عندهم، فكذا هنا.

فان قلت ينبغي أن يسمى في ثلثي قيمتها عندهما، لان الإعتاق لما لم يتخير عندهما يعتق كلها بالتدبير يعتق بعضها، وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها فحسب. قلت صحة كتابة المدبر للنظر لها وهو في أداء بدل الكتابة لاحتمال كونه فجاء الإختيار.

وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فها هنا يسقط الثلث ، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلاثي رقبته فلا يسقط منه شيء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة

(وأما المقدار فلمحمد «رح» انه قابل البدل بالكل) أي أن المولى قابل كل الكتابة بكل الذات ، لانه أضاف العقد إلى ذاتها ، فقال كاتبك على هذا والحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيجب أن يسقط بقدر من ثلث البدل ، وبه قال مالك (فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته) أي بمقابلة التدبير ، لانه سقط من الثلث ، فاذا أوجبنا البدل بمقابلة كله يكون خلفاً وهو باطل .

(ألا ترى) توضيح لما قبله (انه) أي الشأن (لو سلم لها الكل) أي كل البدل (بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فها هنا يسقط الثلث) يعني فيما إذا لم يخرج من الثلث يسقط (فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) يعني لو كاتب عبده أولاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواء يسقط عنه ثلث البدل بالإتفاق ، وهي مسألة التي تلي هذه المسألة ، لانه عتق ثلثه بالتدبير ، ولهذا لو أدى كل البدل في حياته كله ، فلو كان ثلثه يستعق بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالاداء .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن جميع البدل مقابل بثلاثي رقبته فلا يسقط منه شيء ، وهذا) أي بيان ذلك وتوضيحه (لان البدل وإن قوبل بالكل) أي لان بدل الكتابة وإن قوبل بكل ذات المدبرة (صورة) أي من حيث الصورة ، حيث قال كاتبك فإنه مقابل بكل صورة (وصيغة) أي ومن حيث للصيغة أيضاً ، لان الخطاب عبارة عن كل الذات (لكنه مقيد بما ذكرنا) أي كل البدل مقيد بما ذكرنا ، وهو مقابلة بثلاثي رقبته (معنى وإرادة) أي من حيث المعنى والإرادة ، لان البدل قوبل بما يصح

لأنها استحققت حرية الثلث ظاهراً . والظاهر أن الإنسان لا يلتزم
المال بمقابلة ما يستحق حريته صار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين
ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية
لدلالة الإرادة ، كذا ها هنا ،

مقابلته وما لا يصح فيما يصح ، فصح فيما يصح مقابلته (لأنها استحققت حرية الثلث
ظاهراً) يعني بالتدبير ، ولكن الإستحقاق غير متقرر لجواز أن تموت قبل المولى ، فإذا
مات تقرر الاستحقاق فبطلت الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وهو الثلث .
(والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتبين أن يكون
جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء .

فان قلت لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى ، لانه في
مقابلة الثلثين لا الكل . قلت أما هذا لا يلزم على أبي يوسف «رح» لانه لا يقول يحزى
الإعتاق ، وأما على قول أبي حنيفة «رح» فالجواب ما مر إن حكمنا بصحة للكتابة
نظراً للدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويفرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة
الصورية قبل موت المولى نظراً له .

(وصار هذا) هذا الحكم (كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان
جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة) أي إرادة المطلق ، لان الظاهر أنه
يدفع الألف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لوقوع الطلقتين أولاً بلا مال ، ثم تطليقه
ثلاثاً على ألف يدل على أن مراده مقابلة الألف بالواحدة الباقية .

فان قلت كيف تكون هذه المسألة المدبرة التي كوتبت ، لان وقوع الطلقتين هناك
ظاهر ، فلاجل هذا جعل البدل بازاء ما بقي فلمدبرة حق العتق والمملك كامل فيها ، ولهذا
حل وطؤها فيجوز أن يثبت بإزائه البدل . قلت قد سقطت مالية هذا الثلث ها هنا ،
ولهذا لو ألتفها إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين ، فيكون البدل بأي الباقي (كذا هنا)
أي هذا الحكم في مسألة المدبرة التي كوتبت .

بمخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه ، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا ، قال وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شئت مضت على الكتابة ، وإن شئت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي

(بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة) جواب عما قاسه محمد بقوله وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة (وهي المسألة التي تليه) أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة هي تأتي ولو الحكم الذي فيه تأخير الكتابة عن التدبير (لأن البدل مقابل بالكل ، إذ لا استحقاق عنده في شيء) أي عند عقد الكتابة ، فيكون البدل في مقابلة الكل ، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (فافترقا) أي افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير ، وحكم تأخرها ، فلم يصح قياس محمد على تقدمها .

(قال) القدوري (وإن دبر مكاتبته صح التدبير) ولا يعلم فيه خلاف لأنه يملك بتخير العتق فيه ، فيعلق التعليق بشرط الموت أيضاً ، وكذا الحكم في مدبر مكاتبته ، لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة (لما بينا) إشارة إلى قوله تلقتها جهتها حرية (ولها الخيار إن شئت مضت على الكتابة ، وإن شئت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) وبه قالت الثلاثة ، لأن النفقة والجنانية على المكاتب في حال الكتابة . وإذا عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى ، فله أن يدفع عن نفسه ذلك .

وفي الذخيرة هذا الفصل اختلف المشايخ فيه ، وهو أن المكاتب إذا أراد تمجيز نفسه وقال المولى لا أعجزك هل تفسخ الكتابة ، قال محمد بن سلمة إذا أبى المولى ذلك التمجيز فله ذلك ولا تفسخ الكتابة بتمجيز ، قال أبو بكر البلخي هذا خلاف ما ذكره أصحابنا في كتبهم ، فانهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه .

(فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شئت سعت

بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة «رح»، وقالوا تسعى في الأقل منها فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا، أما المقدار فمتفق عليه، ووجه ما بنا. قال وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه وقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة، لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد، والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة

في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة «رح»، وقالوا تسعى في الأقل منها فالخلاف (بين أصحابنا الثلاثة) في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا (أراد به قوله أما الخيار ففرع يجرى الإعناق ... إلى آخره .

(أما المقدار) وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة «رح» وكذا على قولهما (فمتفق عليه » ووجه ما بينا) أشار به إلى قوله لان البدل مقابل بالكل إلى آخره ، هذا لهما ، أما محمد فانه لما مر على أصله لا يحتاج إلى فرق . (قال) أي القدوري (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه ، وسقط بدل الكتابة لانه) أي لان المكاتب (ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق ، وقد حصل له دونه) أي حصل له العتق بلا بدل الكتابة (فلا يلزمه) أي إذا حصل له العتق بلا بدل ، فلا يلزمه البدل بعده (والكتابة وإن كانت لازمة) جواب عن سؤال مقدر ، تقريره أن يقال الكتابة من جانب المولى فلا يقبل الفسخ ، فقال والكتابة وإن كانت لازمة (في جانب المولى ، ولكنها تفسخ) أي لكن عقد الكتابة . وفي بعض النسخ لكنها ، أي الكتابة تفسخ (برضاء العبد ، والظاهر رضاه) لان اللزوم كان لتعلق حقه ، فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه ، كما لو باعه المولى أو أجره برضاء ، والظاهر رضاه (توسلاً إلى عتقه بغير بدل) لانه إذا رضي به ببذل قبل أن يكون أرضى (مع سلامة الاكساب له)

الإكساب له ، لأننا نبقي الكتابة في حقه . قال وإن كاتبه على
الف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجله فهو جائز استحساناً .
وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال
والدين مال فكان ربا ،

هذا جواب عن ماعسى أن يقال قد يكون راضياً ببدل نظراً إلى سلامة الإكساب له فقد
تكون الأكساب كثيرة بفضل بعد أداء البدل منها له جملة فقال الأكساب سالمة له .

(لأننا نبقي الكتابة في حقه) أي في حق الأكساب ذكر الضمير على تأويل المكسوب
أو المال . قال تاج الشريعة أي في حق الكسب أو المكاتب وقوله أو المكاتب لا وجه له
على ما لا يخفى . وقال الكاكي ذكر هذا دفعاً لشبهة ترد على قوله مع سلامة الأكساب له
وهي ما يقال ينبغي أن لا تسلم له الأكساب ، ويجب أن يكون للمولى كما قالت الأئمة الثلاثة ،
لأن الأكساب أكساب عبده ، كما لو عجز نفسه وعاد إلى الرق ، والأكساب في يده يجمعان في
كل منها انفساخ الكتابة ، فأجاب عنها بقوله لأن تبقى الكتابة في حق الأكساب نظر
للمكاتب ، كما أن انفساخ تمثله للمكاتب بعد الإعتاق وفيه نظر ، لأن الرواية لم توجد في
كتب محمد ومن بعد من المتقدمين كالطحاوي والكرخي وأبي الليث وغيرهم ينبغي أن
تكون الأكساب للمولى بعدما أعتقه كما يحزه بعد المكاتب .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز استحساناً . وفي القياس لا يجوز) وبه قال الشافعي ومالك . وفي الحلية
وبه قال أبو يوسف وزفر (لأنه اعتياض عن الأجل) أي لأن هذا الصلح اعتياض عما
ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل غير مال ، وهو معنى قوله (وهو ليس بمال
والدين مال ، فكان ربا) لأن الكتابة عقد معاوضة ، وهذا لا يجوز في عقد
المعاوضة ، وإذا لم يحز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك عين الربا . لا يقال هلا
جعلت اسقاطاً لبعض الحق ليجوز ، لأن الاسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل
لم يكن مستحقاً .

ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن
الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا به
فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة
به فاعتدلا فلا يكون ربا .

(ولهذا) أي ولكونه ربا (لا يجوز مثله) أي مثل هذا الصلح (في الحر) بأن كان
لحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا لا يجوز وقد مر في الصلح
(ومكاتب الغير) بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسين
معجلة لا يجوز .

(وجه الإستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء
إلا به) أي على أداء البذل إلا بالأجل (فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجه
حتى لا تصح الكفالة به) أي ببذل الكتابة ، فلو كان مالا من كل وجه لصحت الكفالة
به (فاعتدلا) إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الاجل ومال الكتابة تحريرا لأن الأجل مال من
وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به ، وبذل الكتابة مال من وجه ، ألا ترى أنه لا يصلح
نصا بالزكاة والمكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئا فصار كالحقوق التي ليست
بمال ، ولهذا لا تصح الكفالة به ، فإذا كان مالا من وجه والاجل أيضا مال من وجه
فاستويا (فلا يكون ربا) لوجود الاعتدال وهو المساواة ، وبه قال أحمد .

قيل فيه نظر من وجهين ، الاول : أن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك
في الاجل غير متصور . الثاني : أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى ،
أما لفظا فلأن أعطى متعمد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام ، وأما معنى فلأنه
قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل
وجه فأتى الاعتدال ، إذ الدين مال من وجه ، وإن المراد حكم المال من وجه فهو
تحصيل للمعاني .

أجيب عن الاول أن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويجوز صحيح إذا كان ملاء من

ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ، والأجل ربا من وجه
فيكون شبهة الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل
وجه فكان ربا ، والأجل فيه شبهة . قال وإذا كاتب المريض عبده
على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال

كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به ما هنا انه وسيلة إلى تحصيل مقصود
المكاتب وهو في ذلك كمين الدرام لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدرام . وعن
الثاني بأن أعطى ضمن يعني اعتبر ومعناه اعتبر لأجل حكم المال ، فإن الشيء يحوز أن
يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا فبين بأنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للقصد
ونظرا للمكاتب .

(ولأن عقد الكتابة عقد من وجه ودون وجه) لأنه اسقاط باعتبار أنه فك الحجر ، ولعقد
الكتابة شبه بالتعليق بالشرط ، لأنه تعليق العتق بشرط الاداء ، فيكون من هذا الوجه
يميناً (والأجل ربا من وجه) لأن حقيقة الربا يكون بين المالين والأجل ليس بمال
(فيكون شبهة الشبهة) أي يكون كون الأجل ربا شبهة وقعت في شبهة العقد ، فشبهة
الشبهة لا اعتبار لها ، والشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة .

فإن قلت لو كان عقد المكاتبه عقداً من وجه كما ذكرتم كان ينبغي أن يحوز بيع
المولى من مكاتبه درهماً بدرهمين ، وإذا لا يحوز ذكره في المبسوط . قلت المكاتب
كالأجنبي من وجه فتجري بينها صريح الربا بدون شبهة لما ذكرنا ، كذا ذكره المحبوبي
(بخلاف العقد بين الحرين) جواب عن قوله ولهذا لا يحوز مثله في الحر ، تقريره لأن العقد
بين الحرين ، أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يحوز (لأنه عقد من كل
وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة) فاعتبرت ، فلذلك لم يصح .

(قال) أي في الجلاص الصغير (وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة
وقيمته ألف) أي والحال أن قيمة المكاتب ألف درهم (ثم مات) أي المولى (ولا مال

له غيره ولم تجزىء الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا
والباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف
«رح» . وعند محمد «رح» يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي
إلى أجله ، لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته
فله أن يؤخرها ،

له غيره) أي والحال انه لا مال للمولى غير المكاتب (ولم يجزىء الورثة) أي التأجيل
لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه ، إذ
بتأجيل المال أخر حقهم ، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم (فإنه) أي المكاتب
(يؤدي ثلثي الألفين حالا) وهو ألف وثلثمائة وثلثون درهماً وثلث درهم (والباقي)
بنصب الباء يؤدي الباقي وهو ستائة وست وستون وثلثا درهم (إلى أجله) أي على الذي
عليه (أو يرد رقيقاً) أي أو يرد المكاتب إلى الحالة التي كان فيها رقيقاً (عند أبي حنيفة
وأبي يوسف «رح») .

(وعند محمد «رح» يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي) أي يؤدي الباقي (إلى أجله)
الذي عينه (لأن له) أي للمريض (أن يترك الزيادة) أي على القيمة لأنه لم يتعلق بها
حق الورثة ، ثم فسر ترك الزيادة على القيمة بقوله (بأن يكاتبه على قيمته) أي يكاتبه
على قدر قيمته وهو الألف (فله أن يؤخرها) أي الزيادة ، لما جاز له ترك أصله
جواز له ترك وصفه وهو التمجيل بالطريق الأول ، ألا ترى أنه يجوز له أن
يكاتبه على قدر قيمته ، فالزيادة على قدر قيمته فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله ، وإنما
يعتبر من ماله الألف ، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف ، ويصح في الزيادة .

قال صاحب العناية ولو قال لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما
كان أحسن فتأمل . قلت لما كان جواز ترك الزيادة على القيمة لعدم تعلق حق الورثة به
فكذلك ترك ثلث الألف ، لأنه لا حق لهم فيها ، وحقهم في الثلثين ، فمن فهم ذلك يلزم

فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل . لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر

فهم هذا فلا حاجة حينئذ إلى ما ادعاه من الأجنبية .

(فصار) أي حكم هذا (كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة لأن له أن يطلقها بغير بدل) أراد أنه لو خلع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة ولا مال له غيره ولم يحز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال ، لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل فصح تأجيله .

(لهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها) أي على بدل الرقبة ، وفي بعض النسخ عليها . قال الكاكي « رح » أي على الزيادة . وقال الأتزازي « رح » والتأنيث بتأويل العين التي كوتب عليها ، وإنما قال هذا دفعاً لوم من يقول إن الكتابة صلة لأنه بدل ما ليس بمال وهو فك الحجر ، فكان كالخلع ، وكان قياس محمد « رح » صحيحاً فقال إن له حكم العوض ، ولهذا لو كان بدل الكتابة داراً يأخذها الشفيع (أحكام الأبدال) من أخذ الحق بالشفعة وجريان بيع المراجعة وحق الحبس في المطالبة ، فإن لو باع داراً قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين ، وكذا لو باعها المشتري مراجعة يبيعها بألفين ، ولو أدى المشتري ألفاً وماطل في ألف للبائع أن يحبس .

(وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل) لأن المبدل لما كان متقوماً كان حكم بدله حكمه ، فجميع المسمى متعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه (والتأجيل إسقاط معنى) أي إسقاط حق الورثة معنى (فيعتبر) أي

من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع ، لأن البذل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبذل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم يحز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا ، والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع ، وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى .

التأجيل (من ثلث الجميع) أي جميع البذل (بخلاف الخلع ، لأن البذل فيه لا يقابل المال) لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالا (فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل ، فلا يتعلق بالبذل) أراد أن حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه غير مال ، فكذا لا يتعلق بالبذل . (ونظير هذا) أي نظير أصل المسألة المذكورة (إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة ، وقيمتها ألف ثم مات ولم يحز الورثة) أي التأجيل (فعندهما) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف « رح » (يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا ، والثلث إلى أجله) أي أداء الثلث إلى أجله الذي عينه (وإلا) أي وإن لم ترض بذلك (فانقض البيع وعنده) أي عند محمد « رح » (يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه) أي على الثلث ، فيقال له عنده عجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجل (لما بينا من المعنى) أشار به إلى ما ذكر من الدليل من الطرفين .

والحاصل أن المكافأة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما ، لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث أن الوارث يصير ممنوعاً عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعاً بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة لجريان أحكام الإبدال كما ذكرنا ، وعند محمد رحمه الله الأجل فيما زاد يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث .

قال وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يحجز الورثة ،
يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقاً في قولهم جميعاً لأن
المحابة ها هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

(قال) أى في الجامع الصغير رحمه الله (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان
ولم يحجز الورثة ، يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقاً في قولهم جميعاً ، لأن المحابة
ها هنا في القدر) وهو إسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الأخرى
(فاعتبر الثلث فيهما) أى يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما
سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً ، ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط
ولا في حق التأخير والله أعلم .

* * *

باب من يكاتب عن العبد

قال وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على اني إن أدبت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ،

(باب من يكاتب عن العبد)

أى هذا باب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد وتأخير عنه تصرفات الاصيل ظاهر البرهان .

(قال) أى في الجامع الصغير (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) أى يصير مكاتباً وقوله عن عبد ، أى قبل الحر الاجنبي عقد الكتابة عن العبد فضولياً ، وقيد بالحر احترازاً عن المسألة التي تليها . (وصورة المسألة) أى المسألة المذكورة (أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على اني إن أدبت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه) أى بأداء الحر ، وإذا يصح من غير قبول العبد ولا نعلم فيه خلاف (بحكم الشرط) لانه تعليق العتق بأداء الالف (وإذا قبل العبد صار مكاتباً) خلافاً للثلاثة ، فان عندهم يبطل العقد ولا يتوقف (لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته) أى على إجازة العبد (وقبوله إجازة) لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة ، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه ، فيصير مكاتباً ، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك فقد عقده عليه فكذا إذا جاز بعد العقد .

ولو لم يقل على اني إن أدبت إليك ألفاً فهو حر فأدى لا يعتق
قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف . وفي الاستحسان يعتق
لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في
حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد ، وقيل
هذه هي صورة مسألة الكتاب . ولو أدى الحر البذل لا يرجع
على العبد لأنه متبرع

(ولو لم يقل على اني) أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على (ان أدبت إليك ألفاً
فهو حر) بل قال كاتبه على الف فقال فعلت عليه (فأدى) أي فأدى الحر الألف (لا يعتق
قياساً) وبه قالت الثلاثة (لأنه لا شرط) حتى يعتق بوجوده (والعقد موقوف) على
إجازة للعبد ، فإن أجاز جاز لما قلنا .

(وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق) أي في توقف
العتق (بأداء القائل فيصح) أي العقد (في حق هذا الحكم) ويتوقف في حق لزوم الألف
على العبد (نظراً للعبد وتصحيحاً للعقد بقدر الإمكان .

فان قلت ما الفرق بينه وبين البيع ، فان بيع الفضولي يتوقف على إجازة الميزفيا له
وفيما عليه ، وهنا لا يتوقف فيما له قلت إن ما له هنا إسقاط وهو لا يتوقف على القبول
وما عليه إلزام ، وهو يتوقف عليه .

(وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب) أراد أن المسألة التي قال فيها كاتب عبدك
على الف ولم يقل على اني إن أدبت إليك ألفاً فهو حر هي صورة مسألة الجامع الصغير ،
وأشار بهذا إلى أن شراح الجامع الصغير رحمهم الله اختلفوا في صورة المسألة فصورها
بعضهم بما ذكره بقوله وصورة المسألة أن يقول ... إلى آخره ، وصورها آخرون بما ذكره
في قوله ولو لم يقل على اني ... إلى آخره .

(ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع) حيث لم يأمره بالأداء ولا هو
مضطر في أدائه وحل له أن يسترد ما أدى إلى المولى إن أداه بحكم الزمان يسترده ، لأن

قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن
أدى الشاهد أو الغائب عتقا ، ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني

ضمانه كان باطلا ، وصورته أن يقول كاتب عبدك على الف على إني ضامن يرجع عليه ، لأن
ضمانه كان باطلا لأنه ضمن غير الواجب وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع ، فلو
أدى البعض له أن يرجع ، سواء أدى بضمان أو غير ضمان ، ولكن لو أدى البعض بمد
إجازة العبد لا يرجع ، لأن ثم حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة العبد عن بعض البدل ،
هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد ، فلو أراد الرجوع بعد إجازة العبد ،
فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا ، وإن أدى بغير الضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو
البعض ، هذا إذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على الف .

فان قال أعتقته بألف فهو على أربعة أوجه ، إما أن يقول أعتقه بألف ولم يزد عليه ،
أو قال أعني بألف أو قال أعتقه بألف ، أو قال أعتقه عن نفسك بألف غلي ، ففي الأول
لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه . ولو أدى يسترد منه ، ولو استهلكه يضمنه . وفي
الثاني يقع العتق عن الأمر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا اقتضاء .
وفي الثالث لا يلزمه شيء من المال ، لأن الولاء يثبت للأمور فهو المنتفع بملكه فلا يستوجب
البدل على الأمر لأنه منفعة للزوج في إيقاع الطلاق ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله والصدر الشهيد ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» أن المال يلزم الأمر
بالإعتاق ويقع العتق عنه ، لأن قوله على إيجاب ضمان على نفسه ، ولا حجة له إلا بعد وقوع
العتق عنه . وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال وله أن يسترده إذا أداه إليه كما في قوله كل
طعامك بموض علي ، بخلاف قوله طلق امرأتك عن نفسك بألف على حيث يلزمه الألف
لما ذكرنا ، كذا في جامع شيخ الاسلام .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كاتب العبد) أي إذا كاتب المولى عبداً
(عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب) يخرج غائب لأنه لا صفة لقوله عبد آخر
(فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) أي الشاهد والغائب جميعاً (ومعنى المسألة) أراد
شرح المسألة المذكورة المنقولة من الجامع الصغير (أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على

بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة
استحساناً . وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في
حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة
العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً ، والكتابة
على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت دخل أولادها في
كتابتها تبعاً ، حتى عتقوا بأدائها . وليس عليهم من البدل شيء .

نفسى وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحساناً . وفي القياس يصح (أي
الكتابة) على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه) كما لو جمع
بين عبده وبين عبد غيره فباعها . وعند الثلاثة لا يصح في حق العبد الغائب
(وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً
والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت دخل أولادها في
كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها ، وليس عليهم من البدل شيء) فإذا نفذ العقد فلا يتوقف
على قبول الغائب شيء من بدل الكتابة ، ولا يعتبر رده الكتابة إجازة . ولو اكتسب
شيئاً لا يأخذه المولى من يده وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأ المولى أو وهبه بدل
الكتابة لا يصح ، إذ ليس عليه شيء من البدل ، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا
جميعاً ، كذا ذكره المحبوبي وغيره .

فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها ، لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ، حتى أن
المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق الأولاد ، إذ لا عتق لمولى الأم ،
بخلاف العبد الغائب ، فانه مقصود بالكتابة من وجه ، حيث أضيف العقد إليهما مقصوداً ،
حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ، ولا يعتق العبد الغائب
سقطت حصته من الكتابة ، ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هو
تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ ما هو مقصود من وجهه بلا توقف . فالجواب أن
ما ذكرت يجوز أن يكون وجهها القياس ، وأما في الاستحسان فانظر إلى ثبوت العقد

وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر ، فله أن يأخذه بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصيلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه . قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول ، أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية ولم يكن البدل عليه ، وصار كغير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتن

التبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أولاً تصحيحاً للعقد ونظر المكاتب ولاشتماله على المسامحة .

(وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله) أي فله المولى (أن يأخذه) أي أن يأخذ العبد الحاضر (بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصيلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء ، لأنه تبع فيه) أي في العقد ، وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انقضاء العقد عليه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وأيهما أدى عتقا) أي الشاهد والغائب ، قيل هذا تكرار ، لأنه قال في أول المسألة فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا . وأجيب بأنه إعادة تمهيداً لقوله (ويجبر المولى على القبول) وفي القياس لا يجبر في الغائب ، وبه قالت الثلاثة ، لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل ، ولكن الاستحسان أن يجبر عليه حتى يمتثل جميعاً بأداء الغائب ، لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به ، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر . وفي جامع المحبوبي إلا أنه يقبل منه المال حالاً ولا يمكنه من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب .

وأشار المصنف إلى وجه الاستحسان بقوله (أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كغير الرهن إذا أدى الدين) بأن استعمار إنسان من آخر شيئاً ليرهن ثم أدى المعير الدين (يجبر المرتن

على القبول الحاجة إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه .
قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى ديناً عليه
والغائب متبرع به غير مضطر إليه . قال وليس للمولى أن يأخذ العبد
الغائب بشيء ، لما بينا ، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك
منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذة عليه

على القبول حاجته إلى استخلاص عينه (وفي بعض النسخ إلى استخلاص الرهن عنه) وإن لم
يكن الدين عليه (أي على معبر الرهن ، فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن
لم يكن البديل عليه ، لأنه محتاج إلى استفاضة الحرية .

(قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع
(والغائب متبرع به غير مضطر فيه ^(١)) أي من جهة الحاضر ، بخلاف معبر الرهن ،
فانه مضطر فيه .

فإن قبل الغائب ما هنا معبر الرهن مضطر ، ولهذا يرجع على المستعير بما أدى ،
فكيف قال غير مضطر إليه . فالجواب أنه كهو في جواز الأداء من غير دين عليه لا في
الاضطرار ، فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل ، وما هنا ليس كذلك ، بل
إنما هو بعوضه أن يحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً .
فإن قلت حق الحرية حاصل بالكتابة فانه لو لم يؤده فكان مضطراً . قلت هو
متوهم ، وهو حق الرجوع لم يكن تابعاً فلا يثبت به .

(قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء ، لما بينا) أراد قوله لانه تبع فيه
(فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء) يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بديل
الكتابة عليه ، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر (والكتابة لازمة
لشاهد ، لأن الكتابة نافذة عليه) أراد بالشاهد العبد الحاضر ، يعني أن الكتابة لزمّت
الحاضر قبل إجازة الغائب ، فبعد إجازته لا يتغير ذلك ، والأصل هذا لم يكن للمولى أن

(١) إليه - هامش .

من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره
فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ،
كذا هذا . قال وإذا كتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين
فهو جائز ، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويحبر المولى على القبول

يأخذ الغائب وإن قبل (من غير قبول الغائب ، فلا يتغير بقبوله) يعني أن الكتابة قبل
القبول نافذة على الشاهد من غير وجوب البديل ، فلا يتغير بقبوله ، فليس للمولى أن يأخذه
بشيء من بدل الكتابة . (كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ،
حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا) أي حكم الغائب .

(قال وإذا كتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز) يعني إذا قبلت
عقد الكتابة عن نفسها وعن ابنينها فالعقد جائز والحكم في العبد كذلك ، وليس في وضع
المسألة في أمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض أن رواية الجامع
من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فإن هناك المسألة فمن كاتب عبداً سى نفسه
وأولاده الصغار ، فلولا رواية الجامع الصغير لكان لقائل أن يقول للاب على الصغير من
الولاية ما ليس للام ، فرواية الجامع الصغير تبين أن ذلك كله سواء ، وفائدة وضع المسألة
في الصغيرين وإن كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من الجواب بقوله وأيهم
أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون ، لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا
الموضع إذا أدى أحد الإبنين ينبغي أن لا يعتق الإبن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا
تبعية ، بخلاف الأمة وابنها ، فإن أداء . كآداء إبنها بطريق أنها تستتبعه ، وكذلك
آداء الابن كآداء أمه لدخوله في كتابتها تبعاً . أما أداء رهن الابن ليس كآداء أخيه لما انه
لا تبعية بينهما ، ولهذا وضع هذه المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ،
ولكن اختار في الجامع لفظ التثنية لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة . وقال تاج الشريعة
إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً واستحساناً .

(وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويحبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها

ويعتقون ، لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي .

أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى (وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغائب ، وذلك أن الأم إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها ، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك لا رجوع .

فان قلت إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . قلت إن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه . ولو أدت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدى أحدهما .

(وهي أولى بذلك من الأجنبي) أي الأم أولى بذلك من الأجنبي . قال تاج الشريعة أي من العبد الأجنبي ، أي لما جاز هذا المقدر في حق الأجنبي على ما ذكر في المسألة الأولى فأولى أن يجوز عند الأم في حق ولدها ، لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي . قال صاحب العناية لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنا قياساً واستحساناً ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق والله أعلم . قلت أشار بذلك إلى ما قاله تاج الشريعة بقوله إنما قيد الصغيرين ليحوز مطلقاً قياساً واستحساناً ، وقد ذكرناه آنفاً .

* * *

باب كتابة العبد المشترك

قال وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة ، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا هو مكاتب بينهما ، وما أدى فهو بينهما . وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده ، خلافاً لهما ، بمنزلة العتق ، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده

(باب كتابة العبد المشترك)

أي هذا باب في بيان أحكام العبد المشترك ، ولما كان الواحد قبل الاثنين قدم حكم كتابة الواحد ، ثم أعقبه بحكم كتابة الاثنين وما فوقها .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كان العبد بين رجلين) وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى (أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه) بأن قال كاتب نصيبك من العبد (بألف درهم ويقبض) بنصب الضاد ، أي وأن يقبض (بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله) .

(وقالوا هو مكاتب بينهما) أي بين الشريكين (وما أدى) أي المكاتب من المال (فهو بينهما) أي بين الشريكين (وأصله) أي أصل الاختلاف . وقال الكاكي أصل قوله فالمال للذي قبض (أن الكتابة تتجزأ عنده) أي عند أبي حنيفة (خلافاً لهما بمنزلة الاعتاق) أي بمنزلة تجزؤ الإعتاق عنده خلافاً لهما . ولما كانت لا تجزأ عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه صار كله مكاتباً على ما يجيء الآن (لأنها) أي لأن الكتابة (تفيد الحرية من وجه) لأنه يكون حراً من حيث اليد (فتقتصر على نصيبه عنده) أي فتقتصر

للتجزؤ . وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له
إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل

الكتابة على نصيب المكاتب بكسر التاء عند أبي حنيفة رحمه الله (للتجزؤ) أي لأجل
تجزؤ الكتابة .

(وفائدة الإذن) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا كانت الكتابة
تتجزأ فما الفائدة في إذن أحدهما للآخر بالكتابة ، فقال وفائدة الإذن (أن لا يكون له)
أي الشريك الذي لم يكاتب (حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البدل)
أي الشريك الذي لم يكاتب .

قال الكاكي إنما ذكر هذا ، يعني قوله وفائدة الإذن لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق
جواز كتابة نصيبه ، فإنه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع عند أبي حنيفة
« رح » في نصيبه ، وعندهما في الكل ويثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق ، فلو لم يفسخ
حق أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة ، وللساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما
أخذ من البدل ، لأنه عبد مشترك . قلت كيف يقول نفذت بالإجماع وفيه خلاف مالك
والشافعي « رح » على ما نبين ، فنقول أن إذن أحدهما الشريكين للآخر بالكتابة جازت ،
خلافاً لمالك والشافعي « رح » في قول ، وبغير الإذن أيضاً يجوز عندنا ، ولكن لصاحبه
نقضه . وقال الشافعي ومالك لا يجوز . وقال أحمد والحسن وابن أبي ليلى يجوز بغير
الإذن أيضاً ولا ينقضه صاحبه ، فإذا أدى العبد البدل ومثله للساكت يعتق .

فإن قيل الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق
العتق بأداء المال . ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس
للآخر ولاية الفسخ ، فمن أين الكتابة . أجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من
المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم يختص وهو ولاية
الفسخ لمعنى توجيه ، وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة ،
ويصرف الإنسان في خالص حقه إنما يتنوع إذا لم يقصر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة
تقبل الفسخ ، ولهذا يفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضى ، وانتفى المانع .

اذن للعبد بالأداء فيكون متبرعاً بنصيبه عليه ، فلهذا كان
كل المقبوض له ،

وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ،
فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وإن كان فيها
ضرر ، لكن الحل لا يقبل الفسخ ، أما الاعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين .
ثم اعلم أن هذا الذي ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين ، فأما إذا كاتبه الشريكان معاً
كتابة واحدة يجوز ، وبه قالت الثلاثة ، فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه أو
وهب له عتق . ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق أحدهما إن شاء عجز ويكون الشريك
بالخيار بين التضمن والسعاية في نصف القيمة ، والعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله وبين
العتق والسعاية إن كان معسراً ، وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن المعتق إن كان موسراً
ويسمى العبد من نصف قيمته إن كان معسراً ، وعند محمد « رج » يضمن الأقل من
نصف القيمة ونصف ما بقي من كتابته ، وكذا العبد يسمى في الأقل عند البدل ، أي
بدل الكتابة .

(أذن للعبد بالأداء فيكون) أي الشريك الأذن (متبرعاً بنصيبه) من الكسب (عليه)
قال صاحب العناية أي على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له ، ويجوز أن يكون ضمير
عليه للعبد ، أي فيكون الأذن متبرعاً بنصيبه على العبد . قلت فيه تعسف والضمير للعبد
كما قال غيره من الشراح (فلهذا) أي فلاجل كون الشريك الأذن متبرعاً بنصيبه من
الكسب (كان كل المقبوض له) أي للشريك الكاتب ، ثم إذا تبرع الأذن يقبض
الشريك لم يرجع .

فإن قيل المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن
عن المشتري ثم ملك المبيع قبل القبض أو استحق كان له الرجوع لعدم حصول مقصوده
من التبرع وسلامة المبيع للمشتري ، وكمن تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاز الفرقة من جهتها
قبل الدخول يرجع بما تبرع ، لأن مقصوده سلامة البضع للزوج ولم يحصل وما هنا أيضاً
مقصوده بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالمعز .

وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزئ
فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض
مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز . قال وإذا كانت جارية بين
رجلين كاتبها فوطئها أحدهما

أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث أن مقصود الأول قضاء
دينه من ماله وبعد العجز صار عبداً له من كل وجه ، والمولى لا يستوجب على عبده
شيئاً ، بخلاف البائع أو الزوج ، لأن ذمتها صالحة لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق
الرجوع إذا لم يحصل مقصوده . وفي الكاكي ليس للساكت أن يأخذ منه نصيبه ، لأن
الاذن له بقبض البدل إذن للمكاتب بالأداء والاذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب
على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله كرب الوديعة إذا أمر المودع بقضاء دينه من
الوديعة ف قضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل ، هكذا هذا إلا إذا ناه قبل الأداء فيصح
نفيه لأنه تبرع ولم يتم .

ولو أذن وهو مريض وأدى من كسب بعض الكتابة صح من كل ماله ، لأن الكسب
إذا لم يكن موجوداً حالة الاذن فالاذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث ،
وإنما يتبرع لمنافع المبد حيث اذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع
يعتبر من جميع المال لا من الثلث ، لأن حق الورثة يتعلق بالأعيان لا بالمنافع ، وإن
كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود الكسب
وقت الاذن ، وتعلق حق الورثة .

(وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزئ فهو) أي الشريك
المكاتب (أصيل في النصف) الذي له (وكيل في النصف) الذي لشريكه (فهو) أي
البدل (بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز) أي كما لو كاتبها فمعجز
وفي يده من الاكساب فهي بينهما فكان المصنف مال إلى قولهما ، فلذلك أخره فافهم .
(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما

فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت
فهي أم ولد للأول ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام
الملك له فيها ، وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتب لا تقبل النقل من
ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة

فجاءت بولد فادعاه (أي فادعى الواطئ الولد وصحت دعوته وثبت النسب منه) ثم
وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه (أي فادعى الواطئ الآخر الولد وصحت دعوته
وثبت النسب منه كما في المدبرة المشتركة فإنه يقتصر أمية الولد فيها على نصيبه بالاجماع
(ثم عجزت فهي أم ولد للأول) أي الجارية كلها تصير أم ولد للواطئ الأول
بطريق التبيين .

(لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها) أي في نصيبه وفي
بعض النسخ فيها أي في الجارية (وصار نصيبه أم ولد له) بناء على أن الاستيلاء في
المكاتبه يتجزأ عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاء إلا بتملك نصيب
صاحبه ، وهذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله (لأن المكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى
ملك) بسائر الأسباب ، فكذا بالاستيلاء (فتقتصر أمومية الولد على نصيبه) أي إذا كان
الأمر كذلك يقتصر كون الجارية أم ولد على نصيب الواطئ الأول (كما في المدبرة
المشتركة) بأن استولدها أحدهما فإنه تقتصر أمومية الولد على نصيبه بالاجماع فيتحرى
الاستيلاء بالاتفاق والمشاركة الجامع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من
ملك إلى ملك .

فإن قلت التدبير لا يقبل الفسخ والكتابة تقبل فجاز أن يكون الاقتصار على النصف
في المدبرة لعدم قبول التدبير للانفساخ . قلت الاقتصار لعدم قبول التدبير الانتقال من
ملك إلى ملك على أنا نقول الكتابة لازمة في حق المولى أيضاً .

فإن قلت جاز أن تنسخ الكتابة بمجرد ما . قلت جاز أن يفسخ التدبير الاقتصار
أيضاً بقضاء القاضي .

ولو ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ،
ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن
الجارية كلها أم ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال ،
ووطؤه سابق ، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ، لأنه تملك نصيبه لما
استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطنه جارية مشتركة ،
ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ، ويكون ابنه ، لأنه بمنزلة
المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور
ثابت النسب

(وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً) قيد بقوله ظاهر ،
لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فان ملكه باقياً ، وأما بالنظر إلى التمجيز لم يبق ملكه
فيها (ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وتبين أن الجارية كلها أم
ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق) فتصير أم ولد من ذلك الوقت ،
لأن السبب هو الوطء فصار كما إذا سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد
حتى يستحق الزوائد .

(ويضمن لشريكه نصف قيمتها) أي نصف قيمة الجارية (لأنه تملك نصيبه لما
استكمل الاستيلاد ونصف عقرها) أي ويضمن أيضاً نصف عقر الجارية (لوطنه جارية
مشتركة) أي لأجل وطنه الجارية المشتركة (ويضمن شريكه) أي شريك الثاني (كمال
العقر) أي عقر الجارية ، فيكون النصف بالنصف قصاصاً ، ويبقى للأول على الثاني
نصف المقر (وقيمة الولد) أي ويضمن أيضاً قيمة الولد (ويكون) أي الولد (ابنه)
بالنظر الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة كما بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه ،
أي ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه بالقيمة (لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه
حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً) لأن وطئها على حساب أن نصفها ملكه ، وظهر
بالعجز بطلان الكتابة فتبين أن لا ملك له ، فصار كالمغرور (وولد المغرور ثابت النسب

منه حر بالقيمة على ما عرف، لكنه وطىء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه
كمال العقر، وأيهما دفع العقر إلى المكاتبه جاز، لأن الكتابة
ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها. وإذا
عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه، وهذا الذي
ذكرنا كله قول أبي حنيفة «رح». وقال أبو يوسف ومحمد «رح»

منه حر بالقيمة على ما عرف (في موضعه في باب الاستيلاد) ، وأما بالنظر إلى الحقيقة
فلزوم كمال العقر، أشار إليه بقوله (لكنه وطىء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر).
فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند أبي حنيفة ،
لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ، ولا قيمة لأم الولد عنده ، فكذا لابنها . أوجب بأن هذا
على قولها ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد . قيل هذا ليس بشيء ، والجواب
الصحيح أن عند أبي حنيفة روايتان في تقوم أم الولد ، فيكون الولد متقوماً على أحدهما ،
فكان حراً بالقيمة . وقيل عدم تقومها ليس على الإطلاق ، بل متقوم في الجملة فإنه لو
كاتب أم ولده جاز بالاتفاق وفيه نظر ، لأن جواز كتابتها لا يدل عند تقومها لاحتمال أن
تتعقد الكتابة في حقها بمعنى التعليق لا المعاوضة .

وأوجب بأنه لا يسلم انعقادها تعليقاً بدليل ردها إلى الرق عند المعجز ويبطل الكتابة ،
ولا يمكن إبطال التعليق بوجه . قيل إبطاله عند المعجز لقوات وصف الشرط وهو أن
يؤدي كل شهر كذا ، وعند المعجزات هذا الوصف . وأوجب بأنه لو كان كذلك لم
يكن إبقاء عند الكتابة إذا لم يطلب المولى ورده إلى الرق . ولما صح إبطاله يطلب إلى
المولى عند المعجز وبقاء عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقاً .

(وأيهما دفع العقر إلى المكاتبه) يعني قبل المعجز (جاز) ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق
القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها (بفتح الهزرة جمع بدل) (وإذا عجزت ترده) أي
العقر (إلى المولى لظهور اختصاصه) أي اختصاص المولى به (وهذا الذي ذكرنا كله قول
أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» هي أم ولد للاول) وهي مكاتبه له
تعتق بأداء البدل إلى الأول .

هي أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر ، لأنه لما ادعى الأول
الولد صارت كلها أم ولد له ، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع
ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما
لا تتضرر به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه . بخلاف التدبير
لأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه إبطال
الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً .

(ولا يجوز وطء الآخر) أي الثاني من الشريكين (لأنه) أي لأن الشأن (لما ادعى
الأول الولد صارت أم ولد للأول ، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن)
لأن الاستيلاء وطلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ ، ولكن كذا ما ثبت به ،
ولهذا لا يكمل في القنة بالإجماع (وقد أمكن) أي تكميل الاستيلاء هاهنا (بفسخ
الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ) تكميلاً للاستيلاء (فيما لا تتضرر به المكاتبه) وهو أمومية
الولد لأنه لا ضرر لها فيها ، بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلاً للابتدال بالبيع والهبة ،
ويعتق مجاناً بعد موت المولى (وتبقى الكتابة فيما وراءه) ما لا يتضرر وهو كونها أحق
في أكسابها وأكساب ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه .

(بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المنازع فيه على المدبرة المشتركة .
وتقريره أن المدبر خلاف ذلك (لأنه لا يقبل الفسخ) يعني إلا إذا استولد مدبرة مشتركة
فإنه لا يكمله ، ويقتصر على نصيب المستولد لأنه لا يمكن تكميلها ، إذ التدبير لا يقبل
الفسخ فيكون مانعاً للنقل من ملك إلى ملك (وبخلاف بيع المكاتب) هذا جواب عن
سؤال يرد على المدبرة بأن قيل هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما إذا باع
المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاء فقال (لأنه في تجويزه) أي البيع
(إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً) ولو أبطلناها يتضرر به المكاتب
وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ، وقيل يجوز أن يكون قوله وبخلاف بيع
المكاتب بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه ، فإن البيع لا يتضرر به فتبقى
الكتابة كما كانت .

وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني واطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسبة الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر ، لأن الواطيء لا يعرى عن أحد الغرامتين . وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة ، فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه

(وإذا صارت كلها أم ولد له) أي للاول ، هذا كلام متصل بقوله صارت كلها أم ولد للاول يعني لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له (فالثاني واطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة) وهي شبهة كونها مكاتبة بينها بدليل ما ذكره أبو حنيفة . أو انها تبقى مكاتبة فيما يتضرر به بالإجماع ولا حد على واطيء مكاتبته (ويلزمه جميع العقر ، لأن الواطيء لا يعرى عن إحدى الغرامتين) وهما الحد والعقر .

(وإذا بقيت الكتابة) متصلة بقوله وتبقى الكتابة فيما وراء ما لا يتضرر (وصارت كلها مكاتبة له) أي للاول (قيل) هذا أجزأ إذا بقيت ، وقائه الأتريدي (يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة) لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة (ولا يتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل) وهو قول عامة المشايخ (يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة) أي لضرورة تكميل الاستيلاد (فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل) لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد الاول كما كان .

(وفي إبقائه) أي إبقاء عقد الكتابة قبل يجوز أن يكون هذا جواباً عما يقال

في حقه نظر للمولى . وإن كان لا يتضرر المكاتبه بسقوطه
 والمكاتبه هي التي تعطى العقر لاختصاصها بإبدال منافعها .
 ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه
 على ما بينا . قال ويضمن الأول لشريكه في قياس قول
 أبي يوسف «رح» نصف قيمتها مكاتبه ، لأنه تملك نصيب شريكه
 وهي مكاتبه فيضمنه موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك ،
 وفي قول محمد «رح» يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما
 بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار
 العجز ، وفي نصف البذل على

الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البذل فيجب أن
 تنفسخ . ووجهه ان في إبقاء عقد الكتابة (في حقه) أي في حق نصف البذل (نظر
 للمولى) المستولد (وإن كان لا يتضرر المكاتبه بسقوطه) أي بسقوط البذل فرجحنا
 جانب المولى ، لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبه هي التي تعطى العقر
 لاختصاصها بإبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه)
 أي اختصاص المولى الأول المستولد (على ما بينا) أي في تعليل أبي حنيفة .

(قال) أي في الجامع الصغير (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف) في
 اعتاق المكاتب بين اثنين ، فإن عنده يضمن المقتضى قيمة نصيب شريكه مكاتباً . فكذلك
 هنا يضمن (نصف قيمتها مكاتبه) أي حال كونها مكاتبه (لأنه تملك نصيب شريكه
 وهي مكاتبه فيضمنه) أي النصف سواء (موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التمليك)
 وهو لا يختلف باليسار والإعسار .

(وفي قول محمد «رح» يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل
 الكتابة ، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البذل على

اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما . قال وإن كان الثاني لم يظأها ولكن دبرها ثم عجزت . بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة «رح» ، فلأنه العجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف ^(١) ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال وهي أم ولد للأول ، فإنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطنه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لأنه تملك

اعتبار الأداء فللتردد بينهما) أي بين الاعتبارين (يجب أقلهما) لأنه متيقن .
(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا كان الثاني لم يظأها ولكن دبرها) أي بعدما استولدها الأول (ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز) فانفسخت الكتابة قبل التدبير ، فلا يصح تدبيره .

(وأما عند أبي حنيفة فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) أي للتدبير (مصادف في ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك) أي غير المدبر في التدبير يعتمد الملك ظاهر الملك ، فلا يصح بدونه (بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور) لا الملك يعني يثبت النسب بمجرد الغرور كما لو اشترى قنة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب ، وكان الولد حراً بالقيمة ، فكذا ما هنا (على ما مر) أشار به إلى قوله ويكون ابنه ، لأنه بمنزلة المفرور .

(قال وهي أم ولد للأول) أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الأول ثم عجزت أم ولد للأول (فإنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا) يعني في تمثيل أبي حنيفة «رح» ، وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطنه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لأنه

(١) يصادف - هامش .

نصفها بالإستيلاذ وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لانه صحت
دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعاً ووجهه ما بينا . قال وإن
كانا كاتباهم ثم أعتقنا أحدهما وهو موسراً ثم عجزت يضمن المعتق
لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة . وقالوا
لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل
قنة . والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها

تملك نصفها بالاستيلاذ وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول لانه صحت دعوته لقيام
المصحح (وهو الملك في المكاتبه) وهذا قولهم جميعاً) وإن الاختلاف مع بقاء الكتابة ،
وما هنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا
يصح تدبيره (ووجهه ما بينا) أي في تمليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا
أنفاً من قوله وتبين أن الجارية ... إلى آخره . وأما طرفيهما قوله لانه لما ادعى الاول
صارت كلها أم ولد له ... إلى آخره .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كانا كاتباهم) أي الجارية (ثم أعتقنا أحدهما وهو
موسراً) أي والحال أنه موسر غني ، أي الجارية ثم أعتقها (ثم عجزت يضمن المعتق
لشريكه نصف قيمتها) أي قيمة الجارية (ويرجع بذلك) وفي بعض النسخ يرجع به
(عليها عند أبي حنيفة « رح » . وقالوا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق
تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه) أي في اعتناق أحد الشريكين القن (على الخلاف
في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد ،
وعندهما لا يرجع .

(وفي الخيارات) فمند أبي حنيفة الساكت غير بين الخيارات الثلاث ، إن شاء
اعتق ، وإن شاء استسمى في العبد ، وإن شاء ضمن لشريكه قيمة نصيبه . وعندهما ليس إلا
الضمان مع اليسار والسماية مع الإعسار (وغيرها) أي وغير الخيارات وهو الولاء وتريد
الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن اعتق الساكت أو استسمى فالولاء بينهما ، وإن

كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز
ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الاعتاق
لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب
فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتب قبل ذلك ، وعندهما
لما كان لا يتجزأ بعث الكل فله أن يضمنه قيمته نصيبه مكاتباً إن
كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان اعتاق
فيختلف باليسار والإعسار . قال وإن كان العبد بين رجلين دبره
أحدهما ثم أعتقه

ضمن المعتق فالولاء بينهما ، وإن ضمن العتق فالولاء للمعتق ، وعندهما للمعتق في الوجهين
جميعاً وإلى ترديد الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان إن كان المعتق
موسراً يضمن نصيب الساكت ، وإن كان معسراً يسمى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة
يراه (كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في العتاق) في باب العبد يعتق بعضه هذا
كله إذا عجز .

(فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الاعتاق لما
كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب
صاحبه ، لأنها مكاتب قبل ذلك) إن معتق البعض عنده كالمكاتب ، وهنا نصيب صاحبه
مكاتب بالكتابة السابقة ، فلا يصير مكاتباً بالاعتاق ، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه يجعل
مكاتباً بعد العجز ، فلهذا تقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز .

(وعندهما لما كان لا يتجزأ بعث الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتباً إن كان
موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً ، لأنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والإعسار)
أي يختلف الضمان بيسار المعتق وإعساره .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه

الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبراً وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعي العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، ووجه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً ، لان الاعتاق صادف المدبر .

الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق (هذا ظاهر ، وإن عكس المسألة أشار إليه بقوله) (وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة . ووجه أن التدبير يتجزأ عنده ، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه ، لكن يفسد به) أي بالتدبير (نصيب الآخر) لسد باب النقل عليه (فيثبت له خيرة الاعتاق) أي فيثبت له الخيار (والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة . (فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به) أي بالاعتاق (نصيب شريكه) لسد باب الاستخدام عليه (فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة (ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً) أي حال كونه مدبراً (لأن الاعتاق صادف المدبر) فيعتبر قيمته مدبراً .

ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والاعتاق وتوابعه . والفائت البيع فيسقط الثلث . وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء ، لان المدبر يعتق ويستسعى .

(ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع) أي أحدهما (وأشباهه) أي أشباه البيع في كونه خروجاً عن البيع كالهبة والصدقة والإرث والوصية ، لأن في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع (والاستخدام) أي النوع الثاني الاستخدام (وأمثاله) أي أمثال الاستخدام نحو الإجارة والإعارة والوطء (والإعتاق) أي النوع الثالث الاعتاق (وتوابعه) أي توابع الاعتاق كالكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال ، لأن كل واحد منها يؤول إلى الحرية كالاعتاق (والفائت البيع) أي الفائت من هذه الأنواع في المدبر النوع الذي هو البيع ، يعني جوازه (فيسقط الثلث) .

(وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لأنه) أي لأن المدبر (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق) فإنه يضمنه ولا يملكه ، فكان ضمان حيولة لا ضمان تملك (وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث) أي خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء (عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين) لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للعتق عن الضمان ، لأن تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فات ذلك بالتدبير ، بخلاف الأول فهانئ نصيبه كان مدبراً حين أعتق فلا يكون شرط التضمين تملك العين منه ، كذا ذكره المحبوبي (وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى) .

وقال أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» ، إذا دبره أحدهما
فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب
صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً
لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف
قيمه قناً ، لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما
فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم
يصادف التدبير الملك وهو يعتمد عليه ويضمن نصف قيمته إن كان
موسراً ، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان
الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما .

(وقال أبو يوسف ومحمد «رح» ، إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ
عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه
ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً) أي حال كونه قناً
(لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الاعتاق لا
يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد عليه) أي التدبير يعتمد الملك (ويضمن
نصف قيمته إن كان موسراً ويسعى العبد في ذلك) أي في النصف (إن كان معسراً ، لأن
هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله) .

* * *

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقضيه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

أي هذا باب في بيان أحكام الكتابة عند موت المكاتب وعند عجزه عن أداء مال الكتابة وعند موت المولى وتأخير هذه الأحكام ظاهر التناسب ، لأن الموت والمعجز بعد العتق .

(قال) أي القدوري (وإذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ، ثم سمي به الوقت المضروب ، ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان ، أي شهران ، ثم سمي به ما يؤدي الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه أنه حط من مكاتب أول نجم حل عليه ، أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ، ومنه قولهم نجم الدية ، أي اداءها نجوماً ، والمعنى هنا إذا عجز عن وظيفة من وظائف بدل الكتابه (نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقضيه) أي يطلبه ويقبضه (أو مال يقدم عليه) يعني يأتي من وجهه من المؤجر (لم يعجل) أي القاضي (بتعجيزه) المصدر مضاف إلى مفعوله . وطراً ذكر الفاعل بتعجيز القاضي إياه ، ويجوز أن يكون مضافاً إلى فاعله وطوى ذكر المفعول (وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين) أي جانب المولى وجانب المكاتب .

وقال الشافعي وأحمد فان كان له مال عند غائب مسافة السفر لم يلزم التأخير لطول المدة ، وإن كان ما دونها لزمه التأخير إلى أن يحضره ودينه على إنسان إن كان حالاً ، ومن عليه يلي وجب التأخير إلى استيفائه ، كما لو كانت له ودیعة عند غيره وإن كان

والثلاث هي المدة التي ضربت لابلء الأعذار كإمهال الخصم
للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه ، فإن لم يكن له وجه وطلب
المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
« رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان
لقول علي « رض » إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

مؤجلاً أو على معسر فلا يجب التأخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التأخير
إلى بيعه . وفي شرح الوجيز مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام ولا يلزم أكثر من ذلك ، وعند
مالك إذا عجز نجم بفسخ الكتابة بعد أن يتلوم الأيام وتجتهد في مدة التلوم فيمن يرجى له
دون من لا يرجى ، كذا في الجواهر .

(والثلاث) أى ثلاثة أيام (هي المدة التي ضربت لابلء الأعذار) أى لظهارها
(كإمهال الخصم للدفع) أى لأجل دفعه المدعي لأن المراد من الإمهال هو المدعى عليه ،
والألف واللام فيه بدل من المضاف إليه ، وصورته أن يتوجه عليه الحكم وقال لي بنية
حاضرة يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة (والمديون للقضاء) بالجر عطفاً على كإمهال ، أي
كإمهال المديون لأجل قضاء الدين ، صورته ادعى عليه رجل مالاً وأثبتته فقال أمهني يوماً
أو يومين أو ثلاثة لأدفعه إليك فإنه يمهل إلى ثلاثة ولا يزداد . وجعلوا التقدير من باب
التمجيل دون التأخير . والأصل فيه قصة موسى مع الخضر صلوات الله عليهما وسلامه
حيث قال في الكرة الثالثة ﴿ هذا فراق بيني وبينك ﴾ الكهف ، وكذلك قدر صاحب
الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام ونظائره كثيرة (فلا يزداد عليه) أي على ما ذكر من المدة .

(فإن لم يكن له وجه) أي جهة يتحصل منها المال (وطلب المولى تعجيزه عجزه)
أي للقاضي (وفسخ الكتابة ، وهذا) أي الذي ذكرنا (عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .
وقال أبو يوسف « رح » لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا
توالى على المكاتب نجمان رد في الرق) رواه ابن أبي شيبه في مصنفه في البيوع حدثنا عباد
ابن العوام عن حجاج عن حصير الحارثي « رح » عن علي رضي الله عنه قال في إذا تتابع

علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة
الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيساراً وأولى
المدد ما توافق عليه العاقدان . ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو
العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن

على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد في الرق ، رواه البيهقي في سننه من حديث الحارث
عن علي رضي الله عنه (علقه بهذا الشرط) أي علقه علي رضي الله عنه بهذا الشرط ،
والمعلق بالشرط معدوم قبله ، وهذا لا يعرف قياساً ، فكان كالمرور عنه ~~بغيره~~ ، وبه قال
أحمد وابن أبي ليلى وابن عتبة والحسن رحمه الله . وقيل هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو
ليس بناهض ، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط . والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام
أنه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين
فأنت طالق .

(ولأنه) أي ولأن عقد الكتابة (عقد ارفاق) أي رفق مبناه على المساحة (حق
كان أحسنه موجه) أي أحسن عقد الكتابة مؤجله ، أراد أن التأجيل والتنجيم أحسن
من الكتابة الحاله ، وإن كانت الحاله جائزة عندنا ، وبه قال مالك «رح» . وعند الشافعي
وأحمد «رح» لا زمان (وحالة الوجوب بعد حلول نجم) أي حالة وجوب الأداء ، يعني
إذا تم النجم الأول صار المال حالاً والعجز عن البدل في الحال لا يثبت الفسخ إلا بعد
تأجيل مدة أخرى (فلا بد من امهال مدة استيساراً) يعني تمكيناً للعبد من الأداء
أذيل العذرة .

(وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان) أي حق الآجال مجتمع عليه العاقدان وهو
النجم الثاني فإذا مضى الثاني تحقق المعجز فيوجب الفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق
عليها العاقدان .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله (أن سبب الفسخ قد تحقق وهو المعجز ، لأن
من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا) أي كون المعجز سبباً

أداء نجمين ، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه . بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لا بد منها لا مكان الأداء فلم يكن تأخيراً ، والآثار متعارضة ، فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها

للفسخ (لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه) أى فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضياً لبقاء الكتابة بدون ذلك النجم الذى شرط أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضياً به بدونه على اختلاف الروايتين ، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبدل المولى به ويحتاج إلى قضاء القاضي ، فيه روايتان .

(بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لا بد منها لا مكان الأداء فلم يكن تأخيراً) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان مقصوداً لمولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغي أن يتمكن من الفسخ من غير امهال ، فأجاب بخلاف اليومين ... إلى آخره . (والآثار متعارضة) جواب عما استدل به أبو يوسف بأثر علي رضي الله عنه ، فبين ذلك بقوله (فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبة عجزت عن نجم فردها) فهذا يعارض أثر علي رضي الله عنه (فسقط الاحتجاج بها) أى بالآثار المتعارضة ، فإن الأثرين إذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا ، فيصار إلى ما بعدهما من الحجة ، فبقي ما قاله من الدليل بقوله إن سبب الفسخ متحقق سالماً عن المعارض . قلت هذا الذى ذكره الشراح كلهم وفيه نظر ، لأن الأثر الذى نسبته المصنف إلى ابن عمر يصح على هذا الوجه ولا أخرجه أحد من أصحاب الآثار ، وإنما المنقولة عنه مارواه ابن أبي شيبة في مصنفه بما رواه وكيع وابن أبي زائدة عن ابان بن عبد الله البلخي عن عطاء أن ابن عمر رضي الله عنها كاتب غلاماً على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق ، والأثر الذى استدل به أبو يوسف ثابت فكيف يقع التعارض بين ما ثبت وبين ما لم يثبت ، والآفة في مثل هذا الموضع من التقليد .

قال فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه
فهو جائز ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر
أولى . ولو لم يرضى به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد
لازم تام فلا بد من القضاء والرضاء كالرد بالعيب بعد القبض .
قال وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق

(قال) أى في الجامع الصغير (فإن أخل بنجم) المراد بالإخلال بمركزه إذا ترك
موضعه الذى عليه الأمير . وقال تاج الشريعة خل الرجل افتقر وذهب ماله ، وكذلك
أخل به (عند غير السلطان) أى عند غير القاضي والقاضي يطلق عليه السلطان ،
وكذا على كل من له حكم حتى أن الرجل سلطان في بيته ، والسلطان في الأصل إسم للعبوة
ثم أطلق على الحاكم بطريق قولهم للرجل العادل عدل (فعجز فرده مولاه برضاه فهو
جائز ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر أولى به ولو لم يرض به العبد
لا بد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم) من جهة المولى لا يقدر على الانفراد (تام) يعنى
ليس فيه شرط خيار .

(فلا بد من القضاء والرضاء كالرد بالعيب بعد القبض) يعنى إذا وجد المشتري بالبيع
عيباً بعد القبض فإنه لا ينفرد بالفسخ ، فكذا هذا ، وبه قال مالك والشافعي في قوله
وفيه رواية أخرى ذكرها في الذخيرة أن هذا عيب يمكن قبل أداء الكتابة فينفرد بالفسخ
بدون القضاء ، كما لو وجد المشتري عيباً قبل القبض وبه قال الشافعي في قول وأحمد .

(قال) أى القدورى (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) قال الاثرأزى
وقوله عجز وقع في الفسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي ، وكذلك إن كان وقع
أيضاً . وعندى الوجه فيه أن يقال بلفظ المبني للمفعول من مزيد الثلاثي ، لأن بمجرد
العجز لا تنفسخ الكتابة ولا يعود المكاتب إلى الرق ، بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء أو
الرضى ، ألا ترى إلى ما قال في أول الكتاب وإذا عجز المكاتب لم يجعل الحاكم تعجيذه .
وقال أيضاً فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيذه عجزه إن طلب المولى من الحاكم

لانساح الكتابه ، وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه ، لانه
ظهر انه كسب عبده ، وهذا لانه كان موقوفاً عليه أو على مولاه قد
زال التوقف . قال فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابه
وقضى ما عليه من ماله وحكم بعثته في آخر جزء من أجزاء حياته
وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده ، وهذا قول علي وابن
مسعود رضي الله عنهما ،

تمجيز المكاتب عجزه الحاكم ، وبدل على هذا ما قال الشيخ أبو نصر في شرحه في التعليل
بقوله ذلك لأن في تمجيزه فسح الكتابه .

قلت لا يحتاج تطويل عظيم بل الأوجه عجز على بناء الفاعل من الثلاثي ، لأن هذا
الكلام مترتب على ثبوت العجز قبل هذا فكان هذا مطاوع لذلك الفعل التمدي ، أعني
التمجيز السابق ، فكان قائلاً يقول إذا عجز المكاتب بحكم الحاكم أو برضاه كيف يكون
حكمه ، فقال وإذا عجز عاد إلى الرق فافهم .

(لانساح الكتابه ، وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه ، لانه ظهر انه كسب
عبده ، وهذا) أي وجه الظهور (لانه) أي لأن الكسب (كان موقوفاً عليه أو على مولاه)
لانه إن أدى بدل الكتابه فهو له وإلا فله مولاه (وقد زال التوقف) بالعجز .

(قال) أي القدوري (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابه وقضى ما عليه)
أي من بدل الكتابه (من ماله وحكم بعثته في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي) من ماله
بعد أداء بدل الكتابه (فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) أي المولودون في الكتابه ،
وكذا المشترون فيها (وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما) قول علي رضي الله
عنه أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو الاحوص عن سمالك عن قابوس بن أبي
المهراق رحمه الله عن ابنه قال بعث علي محمد بن أبي بكر رضي الله عنه على مصر فكتب
إليه يسأله عن مكاتب مات وترك مالاً وولداً ، فكتب إليه إن كان ترك مكاتبه يدعى
مواليه فيستوفون ، وما بقي كان ميراثاً لولده . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري
واسرائيل عن سمالك مثل ذلك .

وبه أخذ علماؤنا . وقال الشافعي « رح » تبطل الكتابة ويموت عبداً
وما ترك لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت « رض » ولأن
المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا
يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده

فإن قلت أخرج البيهقي في سننه من طريق الشافعي « رح » أنا عبد الله بن الحارث عن
ابن جريج قلت لعطاء المكاتب يموت وله ولد أحرار ويدعي أكثر مما بقي عليه من كتابته ،
قال يقضى عنه ما بقي وما فضل فلبني . قلت ابلفك هذا عن أحمد ، قال زعموا أن
علياً كان يقضي به وقال الشافعي « رح » لا أدري أثبت عنه أم لا . قلت هذا ثابت عن
علي كما ذكرناه والحسن . وقال مالك نحواً من ذلك . وقال ابن حزم وبه يقول معبد
والحسن وابن سيرين والنخعي والشمي وعمر بن دينار والثوري وأبو حنيفة والحسن بن حي
وإسحاق بن راهوية . وأما قول ابن مسعود فرواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن
الشمي قال كان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبة ولورثته ما بقي .
(وبه) أي بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهم (أخذ علماؤنا ، وقال الشافعي
تبطل الكتابة ويموت) أي المكاتب (عبداً وما ترك لمولاه) وبه قال أحمد وقتادة وأبو
سليمان وعمر بن عبد العزيز . وقال الأتازي وبه قال النخعي والشمي . قلت قد ذكرناه
عن ابن حزم آنفاً أنه ذكر النخعي والشمي فيمن قال بقولنا (وإمامه) أي إمام الشافعي
(في ذلك) أي فيما ذهب إليه (زيد بن ثابت رضي الله عنه) رواه البيهقي من حديث
محمد بن سالم عن الشمي قال كان زيد يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يرث
ولا يرث .

(ولأن المقصود من الكتابة) هذا استدلال بالمعقول ، تقريره ان المقصود من الكتابة
(عتقه) أي عتق المكاتب (وقد تعذر اثباته) أي اثبات العتق ، لأن الميت المكاتب
ليس بمحل للعتق (فتبطل) أي الكتابة (وهذا) إشارة إلى بيان بطلان العتق (لأنه)
أي لان العتق (لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً) أي على ما بعد الموت (أو

مستنداً لا وجه إلى الأول لعدم المحلية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط
وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال ، والشيء
يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين
وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى
إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى

يثبت قبله (أى قبل الموت) (أو بعده مستنداً) أى أو يثبت بعد الموت حال كونه
مستنداً إلى حال حياته ، فهذا ثلاثة أحوال كلها باطلة ، أشار إليه بقوله (لا وجه إلى
الأول) وهو أن يثبت بعد المات مقصوداً (لعدم المحلية) لأن الميت ليس بمحل لإنشاء
العتق ، ولا بد له من محل .

(ولا إلى الثاني) أو إلى قضاء الثاني وهو أن يثبت العتق قبل الموت (لفقد الشرط ،
وهو الأداء) لأن المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وإلا يلزم وجود المشروط . قيل وجود
الشرط وهذا بخلاف موت المولى ، فإن العقد يبقى ويمتق بالأداء إلى ورثته ، لأن المولى
ليس بمعقود عليه ، بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد .

(ولا إلى الثالث) أى ولا وجه أيضاً إلى الثالث ، وهو أن يثبت العتق بعد المات
يستند إلى حال حياته ، لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ،
وهو معنى قوله (لتعذر الثبوت في الحال) أى ثبوت العتق (والشيء يثبت ثم يستند)
هذا لم يثبت فلم يستند .

(ولنا أنه) أى أن عقد الكتابة (عقد معاوضة) احتراز به عن النكاح والوكالة
ونحوهما (ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى) فالكتابة لا تبطل بموت المولى
(فكذا بموت الآخر) وهو المكاتب (والجامع بينهما) أى بين موت المولى وموت المكاتب
في عدم البطلان (الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق) يعني إذا جاز إبقاء العقد بعد
موت المولى لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده ، وهو الولاء فكذا يجوز إبقاء العقد بعد
موت المكاتب لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده وهو شرف الحرية (بل أولى) أى بل إبقاء

لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للملوكية فينزل حياً تقديراً ،

المعقد في جانب المكاتب أولى (لأن حقه) أى حق المكاتب (أكد من حق المولى ، حتى لزم العقد في جانبه) حتى لو أراد المولى أن يبطله ليس له ذلك ، بخلاف المكاتب ، فإن الذى استحق المولى من قبله ليس بلازم ، حتى لو عجز نفسه يبطل حقه ، فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وإنه ألزم أولى أن لا تبطل . قيل قوله بلا ولا يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس بموت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، وجهه ما بيناه آنفاً .

(والموت أنفى) بالنون والفاء من النفي ، وهو صيغة أفعل للتفضيل (للمالكية منه) أى من الموت (للملوكية) أراد أن موت المكاتب ، لأن بقاء الكتابة تنتصر من ظرف المكاتب إلى المالكية والمعتقية ، وهي عبارة عن القادرية والفاعلية ومن طرف المكاتب إلى المملوكية ، وهي عبارة عن المقدورية والمفعولية والموت آنفاً للقادرية والفاعلية منه للمقدورية والمفعولية ، إذ القادرية لا تجتمع مع الموت ، والمقدورية تجتمع معه .

ولما أسقط الشرع اعتبار أقوى المناقضين في فصل موت المكاتب لحاجة العبد لا حصول شرف الحرية وحاجة المالك إلى ما يتعلق بالمعتقية من الآثار والأحكام ، فلأن يسقط اعتبار أدنى المناقضين كان ذلك أولى . ونقول المالكية قدرة المملوكية عجز ، والموت عجز أيضاً ، فالمنافاة بين القدرة والعجز والتحقيق ما هنا أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقاً بعد موته بالطريق الأول ، لأن الاعتاق فعل ، وكونه معتقاً وصف وليس بفعل ، والموت ينافي الأفعال ولا ينافي الصفات ، فإذا جعل معتقاً بعد الموت كان جعل المكاتب معتقاً بالطريق الأولى .

(فينزل حياً تقديراً) إذا كان الأمر كذلك ينزل المكاتب حياً تقديراً ، وهذا جواب عن التردد الذى ذكره الخصم ، تحريره أن ثبوت الحرية على كل طريق ممكن ولا يلزم الفساد ، لأنه لو ثبت الحرية بعد الموت ينزل حياً كما ينزل الميت في حق بقاء الحركة ، على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق ، وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في

أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ، ويكون أداء خلفه كآدائه ،

الثالث لو ثبت قبل الموت تستند الحرية مع اسناد سببها ، وهو معنى قوله (أو يستند الحرية) وفي بعض النسخ أو يسند الحرية الحرية (باستناد سبب الأداء) الذي هو عقد الكتابة (إلى ما قبل الموت) .

فإن قيل يلزم تقديم المشروط على الشرط ، أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كآدائه) فلا يلزم من ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء ، بل يقدر الأداء قبل العتق .

فإن قيل الأداء فعل حسي ، والاسناد إنما يكون في التصرفات الشرعية . أجيب نعم فعل النائب مضاف إلى المنوب ، وهذه الإضافة وشريعته من رمى صيداً فهات الرامي قبل أن يصيب ثم أصاب صار مالكاً له ويورث عنه ، والميت ليس بأهل ، ولكن لما صح السبب والمملك يجب بعد تمام السبب فالمملك وتتامه بالإضافة إلى آخر من أجزاء حياته فكذا ما هنا لما كان السبب منعقداً وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الأداء ، والأداء جائز بعد الموت ، والحكم هو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالمملك ، ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته إما بأن يقام الترك الموجود في أجزاء حياته مقام التخلية المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه ، أو يكون أداء خلفه كآدائه

توضيح هذا أنه متى غلب على ظنه الموت وظهرت أماراته وانقطع رجاء الحياة يكون الظاهر أنه يخلى بين المال والمولى ليصل بذلك إلى شرف حرية نفسه وحرية أولاده وسلامة أكسابه ، فلم من ذلك أن الإشراف على الموت سبب لأداء المال ، فإذا أدى خلفه عنه استند الأداء إلى ما قبل الموت ، فصار كأنه أداء بنفسه ، ويكون المراد من قوله باستناد سبب الأداء ، أي اسناد هو الأداء لا العقد ، إذ لو أريد من سبب الأداء العقد لاستند الأداء إلى زمان العقد وليس كذلك ، بل الاستناد إلى ما قبل الموت . ولو أريد بالسبب الموت فله وجه أيضاً ، لأنه إنما يثبت الاسناد بالضرورة وهي تندفع بالاستناد إلى ما قبل الموت ، فلا تستند إلى أول العقد ، هذا ما قرره شيخ تاج الشريعة رحمه الله .

وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات

فإن قيل لو قذفه قاذف بعد إذ أبدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ، ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد . قلنا يثبت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها ، والثابت بالضرورة لا يمدى موضعها ، فلا تظهر في حق اختصاصه ، فلا يحد قاذفه ، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحرية ما هنا تثبت مع الشبهة ، وما يثبت الاستناد يثبت من وجه .

(وكل ذلك ممكن) والإشارة إلى ما ذكره من قوله وينزل حياً ، وقوله أو يستند الحرية ... إلى آخره ، ويكون أداء خلفه كأدائه (على ما عرف تمامه) أي تمام أصل هذا الخلاف (في الخلافات) أراد بها نسخ الخلافات ، فإن المحققين من أصحابنا المتقدمين صنفوا نسخاً مشتملة على المسائل الفقهية الخلافية ، وطريقة الخلاف . وذكرها فيها كثيراً من المسائل الخلافية ، غير أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها .

وقد قال صاحب العناية عليك باستحضار القواعد الأصولية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس ، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بإدعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد . من رده وادعى الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فإن يسر الله عليك ذلك يقبض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين ، فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فإياك ودعوى معرفة الهداية ، فتكون من الجهة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره فالحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا ، انتهى كلامه فنقول وبالله التوفيق المدعى ما هنا أن موت المكاتب لا يوجب الفسخ ، لأن موت المولى لا يوجبه ، فكذا موت المكاتب ، لأن العدم في الصورة الاتفاقية ثابت بالإجماع ، فكذا في النزاعية بالقياس عليه ، لأن العدم في الاتفاقية إنما كان لتحصيل المصالح المتعلقة بالمعبد بشهادة المناسبة ، فكذا في النزاعية وهي الإضافة في الدعوى ، فإن منع حقها في تلك الصورة .

أجيب إنما هي محققة فيها ، فإن المسألة المتعلقة بالمعبد أمور مطلوبة ، فإن منع المطالبة أجيب بأنه مكابرة ، لأنها هي المطلوبة في التحقيق عند العقلاء ، فإن كان عاقل لو خير

بين أن يحصل المصالح المتعلقة بالعقد وبين أن لا يحصل فانه كان يختار الحصول على عدم الحصول ، فان قيل الاصل في الحكم في الاصل أن لا يضاف إلى المشترك لرجحانه . أجب بأن الحكم يضاف الى ما هو اللازم فيها أو في الفرع على تقدير اللزوم في الاصل ، وانه هو المشترك بينهما .

تحقيقه أن الحكم في الاصل أن يضاف إلى المشترك ، لانه يضاف اليه أو إلى ما يحقق الإضافة اليه ، يعني تحقق إضافة إلى الإضافة الى المشترك لقيام الدليل على كل واحد منها وهو المناسبة ، فأما ما كان يكون مضافاً الى المشترك فإذا ثبت هذا نقول عدم في الاتفاقية يدل على أحد الآخرين ، أحدهما المشترك بين الوجوبين ، وهو كون الوجوب محصلاً للمصالح المتعلقة بالعقد لا يكون عنه أصلاً ، يعني لا في الاصل وهو الصورة الاتفاقية ، ولا في الفرع وهو الصورة النزاعية .

والثاني المشترك بين المدمين وهو المانع عن الوجوب قطعاً ، فانه إذا لم يتحقق أحدهما يلزم الوجوب في الاتفاقية بالمقتضى السالم عن المعارضين القطعيين ، أحدهما مانعة المشترك بين المدمين ، معارضة للمقتضى للوجوب . وأما بيان الامرين فلانها تقتضي عدم فيها ، لان المشترك بين المدمين إذا كان مانعاً فيها كان عدم في الاتفاقية ثابتاً ، وأما كون شمول عدم معارضة للمقتضى للوجوب فظاهر ، وأما بيان سلامة المقتضى على تقدير عدم الامرين فلانها منتفبان على هذا التقدير .

أما انتفاء مانعية المشترك فظاهر ، وأما انتفاء شمول عدم فالانتفاء لازمه وهو عدم عليه المشترك من لوازم شمول عدم من لوازم عليه المشترك بالضرورة أن المشترك بين الوجوبين إذا كان علة راجعة للوجوب في إحدى صورتين يلزم الوجوب في الأخرى عملاً بالعلة الراجعة فيلزم شمول عدم ، فثبت أن عدم في النزاعية من لوازم إحدى الامرين ، فيكون عدم في الاتفاقية مستلزماً لأحدهما بالضرورة ودليل على الآخر والحال أن عدم في الاتفاقية مستلزماً لأحدهما بالضرورة ، ودليل على الآخر والحال أن عدم في الاتفاقية ثابتة بالاجماع فيلزم أحد الامرين ، فأيهما يلزم المدعي وهو عدم في النزاعية ، فافهم .

وقال وإن لم يترك وفاء وترك ولدأ مولودأ في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ، فإذا أدى حكمنا بعق أبيه قبل موته وعق الولد ، لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه ، فيخلفه في الأداء ، وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك ولدأ مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقاً عند أبي حنيفة «رح» ، وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه مكاتب عليه تبعاً له ، ولهذا يملك المولى اعتاقه ، بخلاف سائر أكسابه .

(قال) أي القدوري (وإن لم يترك وفاء) أي ما يؤدي به بدل الكتابة (وترك ولدأ مولودأ في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه) وهذا بالاتفاق لدخوله في كتابته (فإذا أدى حكمنا بعق أبيه قبل موته وعق الولد) أي حكنا بعق الولد أيضاً (لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء ، وصار) أي حكم هذا (كما إذا ترك وفاء) يعني لو ترك وفاء كان يعطي بدل الكتابة منه ويحكم بعقه في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق ولده أيضاً .

(وإن ترك ولدأ مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقاً) قال أي المصنف رحمه الله (وهذا) يعني هذا الحكم المذكور في الولد المشتري (عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد «رح» (يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة) أي قياساً عليه (والجامع) أي المعنى الجامع بين المقيس والمقيس عليه (أنه مكاتب عليه) أي أن الولد المشتري مكاتب على أبيه لمكاتب (تبعاً له) أي حال كونه تابعاً لأبيه (ولهذا) أي ولأجل كونه تبعاً له (يملك المولى اعتاقه) أي إعتاق الولد المشتري في الكتابة ، وهذا الاستدلال على أن المشتري في الكتابة كالمولود فيها (بخلاف سائر أكسابه) فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ، ولهذا

ولأبي حنيفة «رح» وهو الفرق بين الفصلين ان الأجل يثبت شرطاً
في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل ،
لأنه لم يضاف إليه العقد ولا سرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف
المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم إليه ، وحيث
دخل في حكمه سعى في نجومه ، فإن اشترى ابنه ثم مات وترك
وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء
حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في
الكتابة ، فيكون هذا حر يرث عن حراً ، وكذلك إن كان هو وابن
مكاتبين كتابة واحدة

لا يقدر على إعتاق عبده ، ويقولها قال مالك .

(ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) يعني فصل الولد المشتري في الكتابة وفصل
الولد المولود فيها (أن الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد
والمشتري) أي الولد المشتري (لم يدخل) أي في العقد (لأنه لم يضاف إليه العقد ولا سرى
حكمه إليه) أي حكم العقد إلى الولد (لانفصاله) أي كونه منفصلاً وقت العقد لا تبعاً
له لكونه منفصلاً وقت العقد .

(بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل) أي لكونه متصلاً به (وقت الكتابة ،
فسرى الحكم إليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه) أي حيث دخل الولد
المولود في الكتابة في حكم عقد الكتابة سعى في نجوم والده المكاتب .

(فإن اشترى ابنه ثم مات) ذكر تقريراً على مسألة القدوري وهو من مسائل الجامع
الصغير (وترك وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم
بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حراً يرث عن حر ،
وكذلك) الحكم (إن كان هو وابن مكاتبين كتابة واحدة) قيد به لأنه لو كانا مكاتبين

لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيراً جعلاً
كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة
على ما مر . قال فإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك
ديناً وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقتضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن
من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على
وجه يحتمل أن يعتق فيجبر الولاء إلى موالي الأب

كل واحد يعقد على حدة لا يرث ابنه ، كذا ذكره الهبوبي (لأن الولد إن كان صغيراً فهو
تبع لأبيه ، وإن كان كبيراً جعلاً كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته)
أي بحرية الولد في حال حرية الأب (في تلك الحالة) يعني آخر جزء من أجزاء حياته
(على ما مر) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء
لمكاتبته) أي ترك ديناً على الناس فيه وثأبيد الكتابة إنما قال ديناً لأنه لو كان عيناً لا
يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم ، إذ يمكن الوفاء في الحال . قال السفناقي ذكر هذه المسألة وتولي
بمدها وهي قوله فان اختصم موالي الأم إلى آخره لبيان الفرق بينها (فجنى الولد
فقتضى به) أي بإرث الجناية أو بموجب الجناية (على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة) وكل ما يقرر شيئاً لا ييله (لأن من قضيتها)
أي قضية الكتابة (إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم) فلا ينافي القضاء على
عاقلة كون الأب مكاتباً .

(لكن على وجه) يعني استلزام الكتابة إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم
على وجه (يحتمل أن يعتق) المكاتب (فيجبر الولاء إلى موالي الأب) لأن الولاء كالنسب ،
والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر اثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من اثباته

والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً . وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز ، لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً ، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً أو استقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، فلهذا كان تعجيزاً .

منه كما إذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه ، فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم ثبوت ملزومه (والقضاء بما يقرر حكمه) أي حكم عقد الكتابة (لا يكون تعجيزاً) لأن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله لئلا يعمد على موضعه بالنقص . (وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه) هذه هي المسألة الثانية ، صورتها مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالي الأب وموالي الأم ، فقال موالي الأم مات رقيقاً والولاء لنا ، وقال موالي الأب مات حراً والولاء لنا (فقضى به) أي بولايته (لموالي الأم فهو قضاء بالعجز) فتفسخ الكتابة اقتضاء (لأن هذا الاختلاف في الولاء مقصوداً) لأن كلا من الفريقين قصد الولاء (وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت (أي الكتابة) واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب وهذا) أي بقاء الكتابة وانتقاضها (فصل مجتهد فيه) لما ذكرنا أن في مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه أن الكتابة تفسخ لموت المكاتب ، فإذا كان كذلك (فينفذ ما يلاقيه من القضاء) لأن صيانة القضاء المجموع عليه أولى من امضاء كتابته اختلف الصحابة رضي الله عنهم في بقائها .

(فلهذا) أي فلأجل نفوذ القضاء (كان تعجيزاً) فتفسخ الكتابة قبل فسح الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه ، وذلك لصيانة القضاء عن البطلان ، وفي صيانتها بطلان ما يجبر عليه وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطالين أرجح . أجيب بما ذكرنا آنفاً من أن صيانة القاضي ... إلى آخره .

قال وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى
لتبديل الملك ، فإن العبد يملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق

ثم اعلم أن في مسألة الإرث إذا ظهر للولد ولاء من قبل الأب عند أداء البداء ، فهو إلى
الأم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالى الأب ، لأنه إنما
حكم بعقه في آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة ، فكان
موالى الأم عند حياته مواليه حقيقة ، فلم يرجعوا بما عقلوا ، إنما يرجعون بما عقلوا عن
جناية بعد موت الأب قبل أداء البدل ، لأن عتق الأب لما استند إلى حال حياته بين أن
ولاءه كان لموالى الأب في ذلك الوقت ، وموالى لا يجبرون على الأداء فيرجعون بما أدوا .
وذكر التمرقاشي هذا الذي ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء ، فإن مات لا عن وفاء قال
الاسكاف رحمه الله تنفسخ الكتابة ، حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة لا يقبل
منه . وقال أبو اللث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بمجزه ، حتى لو تطوع قبل
القضاء يقبل منه .

(قال) أي في الجامع الصغير (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه) أراد أن
المكاتب إذا أخذ شيئاً من الزكاة وأداه إلى مولاه من بدل الكتابة (ثم عجز) أي عن
الكتابة (فهو طيب للمولى لتبديل الملك) أي لتغير الملك بتغير السبب (فإن العبد يملكه
صدقة) أي حال كونه صدقة (والمولى عوضاً عن العتق) أي يملكه المولى حال كونه
عوضاً عن العتق ، وفي بعض النسخ عوضاً عن العين .

فإن قلت إن ملك الرقبة للمولى فإنه يتبدل الملك . قلت إن ملك الرقبة للمولى مقلوب
في مقابلة ملك السيد ، ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى ، وله أن يمنح المولى من
التصرف وبالعجز يصير الأمر على العكس ، فكان تبديلاً وقد نظر صاحب العناية فيه
بأن قال لا نسلم أن ذلك تبديل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبديل العين ، ولعل
أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبديلاً . قلت أول كلامه
منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان . وقوله ولعل الأولى فيه نظر ، لأنه لم يكن له ملك
يد فله ملك رقبة ، وليس المراد منه التبديل حقيقة بأن يراد تبديل الذات ، وإنما المراد
التبديل الحكمي فافهم .

وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة « رض » هي لها صدقة ولنا هدية . وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل الملك ، فلا تطيبه ، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب

(واليه) أي والى التبدل ويحل بعد التبدل (وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية) يروى عنها قالت جاءتني بريرة فقالت إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعنيني ، قالت إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها ورسول الله ﷺ جالس فقالت إني قد عرضت ذلك عليهم قالوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فأخبرته عائشة رضي الله عنها فقال خذها واشترطي لهم الولاء ، فأنبا الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة رضي الله عنها ، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله حق وشرط الله أوثق ، وإنبا الولاء لمن أعتق .

وأخرج البخاري ومسلم أيضاً ودخل النبي ﷺ وبرمته على النار فقرب إليه خبزاً وإدام من آدم البيت فقال لم أر البرمة فقليل لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ، قال هو لها صدقة ولنا هدية .

(وهذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي) أي بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذه من مال الزكاة لغني أو هاشمي فإنه لا يباح لها (لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل الملك فلا تطيبه) فلم يتبدل سبب الملك ، ولهذا ليس للضيف أن يعطي شيئاً مما تقدم عليه ، لأنه لم يصير ملكاً حتى يتولى الإعطاء إلى الغير . (ونظيره) أي نظير ما ذكر (المشتري شراء فاسداً) بأن اشترى رجل طعاماً ما كولاً بيعاً فاسداً (إذا أباح لغيره لا يطيب له) أي لا يطيب للغير تناوله ، لأن في الأولى الملك غير مستقر لوجوب الفسخ ، بخلاف الثاني (ولو ملكه بطيب) بأن باعه بيعاً صحيحاً أو وهبه حل له التناول .

ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد
 « رح » ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل الملك عنده ، وكذا عند أبي يوسف
 « رح » . وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده ، لأنه لا خبث
 في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به
 فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمة ، والأخذ
 لم يوجد من المولى فصار كإن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير
 إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذ من الصدقة حيث يطيب لهما ،

(ولو عجز قبل الاداء الى المولى) أى ولو عجز المكاتب عن الكتابة قبل أداء ما
 أخذه من الزكاة الى المولى (فكذلك الجواب) يعني انه طيب للمولى على الصحيح (وهذا)
 أى كون هذا طيباً قبل الأداء أيضاً (عند محمد « رح » ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده)
 بقيد الملك ، فان عند المكاتب إذا عجز ملك المولى اكسابه ملكاً مبتدأ ، وهذا وجب
 نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظئراً ثم عجز (وكذا عند أبي يوسف رحمه الله)
 أى وكذا يطيب له عند أبي يوسف أيضاً .

(وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده) فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز
 يتأكد ذلك الحق ، ويصير المكاتب فيما مضى كالمعبد المأفون ، ولهذا إذا أجر المكاتب
 أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة (لأنه لا خبث في نفس الصدقة) وإلا لما
 فارقها أصلاً (وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به) أى بالأخذ (فلا يجوز ذلك)
 أى الإذلال والهوان (للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمة والأخذ لم يوجد من
 المولى فصار كإن السبيل إذا وصل الى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي) أى والحال
 أنه قد بقي (في أيديهما ما أخذ من الصدقة حيث يطيب لهما) أى لابن السبيل الواصل
 وطنه ، والفقير الذى استغنى . ولهذا لو مات ابن السبيل والفقير حل لوارثيهما الغني
 ما تركاه من الصدقة .

وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى بطيب له ما بقي من الصدقة في يده . قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى لأن هذا موجب جنابة العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال عاد الحكم الأصلي ، وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع ، وإن قضى به عليه في الكتابة

(وعلى هذا) أي على ما ذكرنا (إذا أعتق المكاتب واستغنى بطيب له ما بقي من الصدقة في يده) لأن الحبث ليس في نفس الصدقة وقد قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك إكسابه ملكاً مبتدأ وبالعجز يتأكد ذلك ، والصحيح ما ذكره المصنف على الإطلاق ، فلذلك بينها عليه بالصحيح .

(قال) أي في الجامع الصغير (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه) أي فإن المكاتب الذي عجز (يدفع) على صيغة المجهول ، أي يدفع إلى ولي الجناية (أو يفدى) على صيغة المجهول أيضاً ، أراد أن المولى لا يكون مختاراً (لأن هذا موجب جنابة العبد في أصل المسألة) أي لأن هذا الحكم يعني أحد الأمرين هو مقتضى جنابة العبد في أصل المسألة كما علم في بابها (ولم يكن) أي المولى (عالماً بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع) لتعذر (فإذا زال) المانع (عاد الحكم الأصلي) وهو الدفع والفداء .

(وكذلك) أي كما مر من عود الحكم الأصلي (إذا جنى المكاتب ولم يقض به) أي بموجب الجناية عليه (حتى عجز) عن الكتابة ، يعني يدفع أو يفدى (لما بينا ^(١)) من زوال المانع (من الدفع) وإن قضى به عليه في كتابته (أي وإن قضى بموجب الجناية

(١) لما قلنا - هامش .

ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته
بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وقد رجع أبو
يوسف « رح » إليه ، وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء ،
وهو قول « زفر » ، لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم
وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة ، كما في جناية
المدير وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال

على المكاتب (ثم عجز فهو دين) أي ما قضى به من موجب الجناية دين في ذمته (يباع فيه) وعند الثلاثة بالعجز يرد إلى الرق يجبر سيده ، وعند زفر « رح » وهو قول أبي يوسف « رح » أولاً يباع في قيمته في الفصلين ، إلا أن يقضي المولى عنه على ما يأتي الآن (لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء) أراد انتقال الحق بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع ، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة القضاء (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف إليه) أي إلى قولهما .

(وكان يقول أولاً يباع فيه) أي في موجب الجناية (وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر ، لأن المانع من الدفع) إلى ولي الجناية (وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت الجناية) انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدير وأم الولد) فان جنائيتها موجبة للقيمة بنفس الوقوع ، إلا أن حكم جناية المدير وجوب القيمة على المولى ، لأن كسبه له ، وحكم جناية المكاتب لأن كسبه ملكه . وقوله انعقدت موجبة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن إرش الجناية ، وهو مخالف لما ذكر من رواية الكرخي والمبسوط أن الواجب هو الأول من القيمة ومن إرش الجناية ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من إرش الجناية .

(ولنا أن المانع) من الحكم الأصلي (قابل للزوال) بقول الكتابة الفسخ والزوال

للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء و
الرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ
على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا بخلاف التدبير
والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال . قال وإذا مات
مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق
المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المراء حقه ، وقيل له
أدي المال إلى ورثة المولى على نجومه ، لأنه استحق الحرية على

(للتردد) أى لتردد المكاتب بين أن يؤدي فيعتق وبين أن يمجز فيرد إلى الرق (ولم
يثبت الانتقال في الحال) أى الانتقال عن الموجب الاصيلي .

فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال عن الحال متنازع فيه ، لان مذهب زفر « رح » أن
جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضاء والقضاء ، فما وجب أخذه
في الدليل . قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود
الموجب الاصيلي .

(فيتوقف على القضاء والرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف
الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا) أي لحكم العبد المبيع
الآبق قبل القبض حكم المكاتب المذكور (بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان
الزوال بحال) فكان الموجب في الابتداء هو القيمة .

(قال) أي القدوري (وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى
إبطال حق المكاتب) أي العبد المكاتب (إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المراء
حقه) لأفضائه إلى وصوله . الحاصل أن الحرية حق العبد ، والكتابة سببها ، فتكون
الكتابة حقه ، والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على آخر دين ومات الآخر (وقيل له)
أي للمكاتب (أد المال إلى ورثة المولى على نجومه) أي مؤجلا (لأنه استحق الحرية على

هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك ، فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير
إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء ، فإن أعتقه أحد الورثة لم
ينفذ عتقه ، لأنه لم يملكه ،

هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير (وهذا لأن المولى لما كان
صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضاً و كاتب ، فإن
المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالاً أو يؤدي رقباً ، لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه
بتأجيل غير الثلث كإسقاطه .

فإن قلت أين علم ما هنا أن المولى كان صحيحاً . قلت وضع المسألة على الإطلاق يدل
على ذلك ، لأن ذلك هو المطلق من الأحوال .

(إلا أن الورثة) استثناء من قوله فلا يتغير قبل ، كأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب
الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل ، فصار للورثة وقد نظير (١) فقال إلا أن الورثة (يخلفونه
في الاستيفاء) فلا يكون تغيراً في عود الكتابة لأنها باقية ، كما كانت ، فكما أن في سائر
الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة . وقال الطحاوي في
مختصره ومن مات وله مكاتب الكتابة كاتب المكاتب التي على المكاتب موروثه من مولاه
كما يورث عنه سائر أمواله سواها ، وكان للمكاتب إذا أدى لمولاه لا لورثته . وقال
الاسبيجاني في شرحه المكاتب لا يورث وإنها يورث ما في ذمته من الكتابة ، فإن أدى
وعتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى أنه يرث المذكور من عصبه الميت
دون الأثاث .

(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه) أى لأن المعتق لم يملك المكاتب
حتى يصح عتقه . وفي شرح الاقطع وقال الشافعي « رح » ينفذ عتقه ، وهذا الخلاف
فرع على أصل وهو أن المكاتب لا يصح بيعه ولا يصح أن يملك . وقال الشافعي في أحد

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل ، وربما هو خطأ من الناسخ ، اه مصححه .

وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا
بسبب الوراثه ، فإن أعتقوه جميعاً عتق وسقط عنه بدل
الكتابة ، لانه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم ، وقد
جرى فيه الإرث ، فإذا برىء المكاتب عن بدل الكتابة يعتق
كما إذا أبرأه المولى ، إلا انه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن
نصيبه ، لانا نجعله إبراء اقتضاءً تصحيحاً لعتقه ، والاعتاق لا
يثبت بإبراء البعض

قوله يحوز (وهذا) توضيح لما قبله (لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك ، فكذا
بسبب الوراثه) فان لم يملك لم يصح عتقه ، لان لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (فان أعتقوه
جميعاً) أى مجتمعين (عتق) استحساناً ، والقياس أن لا يعتق هنا أيضاً ، لانه أضيف
تصرفهم إلى ما ليس بملكهم ، غير أن الاستحسان جوزه فصح (وسقط عنه بدل الكتابة
لان) أى لان عتقهم جميعاً (يصير إبراء عن بدل الكتابة) هذا وجه الاستحسان
(فانه) أى بدل الكتابة (حقهم وقد جرى فيه الارث) أى في بدل الكتابة فلهم أن
يتروا حقهم .

(فإذا برىء المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبرأه المولى) فانه كان يسقط
ويعتق ، فكذلك ما هنا (إلا انه إذا أعتقه أحد الورثة) وهذا جواب عما يقال اجمل
اعتقاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال (لا يصير) أى اعتاق أحد الورثة ، وفي بعض
النسخ لا يكون (إبراء عن نصيبه ، لانا نجعله إبراء) أى لانا نجعل اعتاق الكل إبراء
(اقتضاء) أى بطريق الاقتضاء هو جمل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق (تصحيحاً
لعتقه) لانه لا يتصور من الورثة إلا بهذا الطريق ، لانهم ما ملكوا فجعل اعتاقهم إبراء
للبدل تصحيحاً لتصرفهم وصونا لكلامهم عن الالفاء .

(والاعتاق لا يثبت بإبراء البعض) أى الاعتاق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض بدل

أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ، ولا وجه إلى إبراء
الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

الكتابة (أو أدائه) أي أو أدى بعض البديل وقوله (في المكاتب) يرجع إلى الصورتين
(لا في البعض) أي لا يثبت في بعض المكاتب (ولا في كله) أي في كل المكاتب . وفي
بعض النسخ لا في بعضه ولا في كله إن اعتقه معلق بسقوط جميع البديل ، فإذا لم يكن
اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى .

(ولا وجه إلى إبراء الكل) يعني في صورة إبراء البعض ، لأن الكل حق الكل وهو
مضي قوله (لحق بقية الورثة والله أعلم) لأن الكل مشتركون فيه .
فائدة : شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندما خلافاً للثلاثة .

تمّ الجزء التاسع من البناء في شرح الهداية
ويليه الجزء العاشر مبتدئاً بكتاب الولاء

* * *

فهرس الجزء التاسع

صفحة	صفحة
٦٢ شروط المضاربة .	٣ ﴿ كتاب الصلح ﴾
٦٧ في تخصيص رب المال للمضارب	٣ أضرب الصلح .
بلداً بعينه أو سلعة بعينها .	٦ الصلح عن إقرار وعن مال .
٨٢ (باب المضارب يضارب)	٨ الصلح عن دار .
٩٠ فصل	١١ فصل في بيان ما يجوز وما لا
٩٣ فصل في العزل والقسمة .	يجوز .
٩٧ الحكم فيما إذا عزله ورأس المال	٢٦ (باب التبرع بالصلح والتوكيل
دراهم أو دنانير قد نضت .	به)
٩٨ في التوكيل والإحالة .	٢٧ فيما إذا صالح عنه رجل بغير
١٠٠ الحكم فيما إذا هلك شيء من	أمره .
مال المضاربة .	٢٩ ولو قال صالحتك على ألف
١٠٢ فصل فيما يفعله المضارب .	فالعقد موقوف .
١٠٤ أنواع ما يفعله المضارب .	٣١ (باب الصلح في الدين)
١٠٧ ولو أذن له رب المال بالإستدانة	٣٣ مسألة لو كانت له ألف مؤجلة
صار المشتري بينهما نصفين .	فصالحه على خمسمائة حالة .
١١٧ فصل آخر .	٣٧ وجوه مسألة من له على آخر
١٢٦ فصل في الإختلاف .	درهم .
١٣١ ﴿ كتاب الوديعة ﴾	٣٩ فصل في الدين المشترك .
١٣١ حكم الوديعة .	٤٧ فصل في التخارج .
١٣٣ حفظ الوديعة .	٥٣ ﴿ كتاب المضاربة ﴾
١٤١ إذا خلط المودع عنده الوديعة بماله	٥٧ تعريف المضاربة .
١٤٣ في تعدي المودع عنده .	٦٠ في مجاوزة القدر المشروط
	بالأجر .

١٤٥ جحود الوديعة .

١٤٨ الخلاف في السفر بأوديعة .

١٥٦ في مودع المودع .

١٦٥ تفريعات على كتاب الوديعة .

﴿ كتاب العارية ﴾

١٦٧ حكم العارية .

١٧٢ ألفاظ العارية .

١٧٤ وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء .

١٧٩ الحكم إذا أجر المستعير ما استعاره .

١٨٣ أوجه الإعارة إذا صدرت مطلقة .

﴿ كتاب الهبة ﴾ ١٩٦

١٩٨ الخلاف في أصحية الهبة بدون القبض .

٢٠٣ ألفاظ الهبة التي تتمتعدها .

٢٠٦ في اللفظ الذي ينصرف إلى العارية دون الهبة .

٢١٣ في هبة المشاع .

٢٢٧ (باب ما يصح رجوعه وما لا يصح) .

٢٣٥ إذا مات أحد المتعاقدين على الهبة .

٢٤٣ ولا يصح الرجوع إلا بتراضيها أو بحكم الحاكم .

٢٤٩ الحكم فيما إذا وهب بشرط العوض

٢٥١ فصل

٢٥٢ في الصلح عن قصاص .

٢٦٠ الكلام على العمري والرقبي .

٢٦٤ فصل في الصدقة

٢٦٧ ﴿ كتاب الإجازات ﴾

٢٨١ (باب الأجير متى يستحق)

٢٨٤ المعاني الثلاثة التي يستحق بها الأجير .

٢٨٧ متى يستحق الأجير الأجرة في السفر .

٢٩١ في استئجار الطباخ .

٢٩٧ فصل في بيان عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه .

٣٠١ (باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها) .

٣٠٥ إذا انقضت مدة إجارة الأرض المزروعة .

٣٠٨ ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل .

٣٢٧ (باب الإجارة الفاسدة)

٣٣١ في نقض الإجارة عند تمام المعقود عليه .

- ٣٣٥ الخلاف في أجرة الحمام والحمام .
- ٣٣٨ الخلاف في أجرة الإمامة وتعليم القرآن والفقه .
- ٣٤٣ ولا يجوز الاستئجار على الفناء والنوح .
- ٣٤٨ الخلاف في جواز استئجار الظئر .
- ٣٧٦ (باب ضمان الأجير)
- ٣٨٢ الحكم فيما إذا شرط الضمان إذا فرق .
- ٣٨٩ (باب الإجارة على أحد الشرطين)
- ٣٩١ الخلاف في الشرطين في البيع الواحد .
- ٤٠٠ (باب إجارة العبد)
- ٤٠٧ (باب الإختلاف)
- ٤١٣ (باب فسخ الإجارة)
- ٤١٤ الخلاف في انفساخ العقد وعدم انفساخه .
- ٤١٨ الخلاف في صحة شرط الخيار في الإجارة .
- ٤٢٧ (مسائل منشورة)
- ٤٣٢ ﴿ كتاب المكاتب ﴾
- ٤٣٤ ولا يعتق إلا بأداء كل البذل والخلاف فيه .
- ٤٤٠ جواز اشتراط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجماً والخلاف فيه
- ٤٤٥ خروج العبد عن يد المولى بالكتابة .
- ٤٤٨ فصل في الكتابة الفاسدة .
- ٤٤٩ الخلاف في العتق على الحر .
- ٤٥٦ في المكاتب على شيء بعينه لغيره .
- ٤٦٢ في المكاتب على حيوان غير موصوف .
- ٤٦٣ الخلاف فيما إذا كانت الجهالة في المكاتب عليه يسيرة .
- ٤٦٦ متى يعتق المكاتب .
- ٤٦٧ (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)
- ٤٧٠ الزواج بأذن المولى .
- ٤٧٦ حكم العبد المأذون له .
- ٤٨٠ فصل في بيان من يدخل في الكتابة تبعاً .
- ٤٨١ الخلاف في دخول ذا الرحم المحرم في الكتابة .
- ٤٨٣ في دخول أم ولده في الكتابة .
- ٤٩١ في وطء المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى .
- ٤٩٣ فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب .
- ٤٩٦ في جواز مكاتبته المولى أم ولده .
- ٤٩٨ الحكم في مكاتبته المدبرة .
- ٥٣٠ وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه

- ٥٠٦ الحكم فيما إذا كاتب في مرض موته ولم تجز الورثة .
- ٥١١ (باب من يكاتب عن العبد)
- ٥١٢ في الرجوع على العبد إذا أدى عنه الحر .
- ٥١٣ في مكاتبة العبد عن نفسه وعن غيره الغائب .
- ٥١٧ فيما إذا كاتب الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين .
- ٥١٩ (باب كتابة العبد المشترك)
- ٥٢٢ إذا كانت جارية بين رجلين كاتباهما فوطئها أحدهما فجاءت بولد
- ٥٢٨ في ضمان الواطئ لشريكه نصيبه في الجارية .
- ٥٣٠ فيما إذا كاتبها الشريكان ثم أعنتها أحدهما وهو موسر .

- ٥٣٥ (باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)
- ٥٣٥ كيف يكون العجز عن الدفع والخلاف فيه .
- ٥٣٩ وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق .
- ٥٤٠ إن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة .
- ٥٤٧ إن مات المكاتب ولم يترك وفاء وترك ولداً .
- ٥٥٤ فيما إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية .
- ٥٥٦ وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة .